



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
ESCUELA DE GRADUADOS

**LA CONSULTA INDIGENA DEL CONVENIO 169 DE LA OIT Y LOS
PROBLEMAS ASOCIADOS A SU IMPLEMENTACIÓN EN CHILE EN EL
MARCO DEL SISTEMA DE EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL.**

Actividad Formativa Equivalente a Tesis (AFET) para optar al grado de Magíster
en Derecho, mención Derecho Público.

Elizabeth Collins von Hausen

Profesor Guía: Luis Cordero Vega
Doctor en Derecho

Santiago de Chile, 2017

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO I	7
EL CONVENIO 169 DE LA OIT Y EL PROBLEMA DE SU IMPLEMENTACIÓN EN CHILE, PARTICULARMENTE RESPECTO DE LA CONSULTA INDÍGENA EN EL SISTEMA DE EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL.	
A. Antecedentes generales del Convenio 169	7
B. La Consulta Indígena en el Convenio 169	11
B.1. La Consulta debe ser previa	12
B.2. Procedimientos apropiados	13
B.3. Instituciones representativas	15
B.4. Ejecutada de buena fe	16
B.5. Apropiadas a las circunstancias	17
B.6. Con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr un consentimiento de las medidas propuestas	18
B.7. Susceptibilidad de la afectación directa como umbral de procedencia de la consulta previa.	19
C. Ratificación por Chile	21
D. Entrada en vigencia e implementación: la dictación del Decreto Supremo N°124-2009 y sus consecuencias.	26
E. El fenómeno de la judicialización de los proyectos de inversión ingresados al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental: la Corte Suprema y su evolución Jurisprudencial en relación a la Consulta Indígena.	31
E.1. La Consulta Indígena es aplicable en Chile y debe ser homologada al proceso de Participación Ambiental Ciudadana (PAC) que contempla la Ley 19.300, sobre Bases Generales del Medio Ambiente (LBGMA).	35
E.2. Procedencia de la Consulta Indígena: la afectación directa.	37
E.3. Requisitos o forma en que se debe realizarse la Consulta.	39
E.4. La falta del deber de consulta invalida la calificación ambiental y vulnera la garantía de igualdad ante la ley, ya que incumple con la obligación legal de fundamentación de los actos administrativos.	41
E.5. El primer giro de la tendencia jurisprudencial. Se eleva el estándar de la consulta.	42
E.6. Segundo giro: el retroceso inexplicable.	44

E.7. Se profundiza en la idea del objetivo de la Consulta: No puede ser un derecho a veto.	46
E.8. El recurso de protección no es un mecanismo para subsanar vicios de procedimiento en materia de Consulta. Llamado a recurrir ante los Tribunales Ambientales.	47
CAPÍTULO II	51
LA SOLUCIÓN PÚBLICA TRAS LA JUDICIALIZACIÓN	
A. El bloque reglamentario del Ejecutivo para realizar la Consulta en el marco del SEIA.	54
A.1. El nuevo reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental: Decreto N° 40, del Ministerio de Medio Ambiente, de 30 de octubre de 2012.	55
A.2. Decreto Supremo N° 66, de 15 de noviembre de 2013, del Ministerio de Desarrollo Social: Aprueba Reglamento que regula el procedimiento de Consulta Indígena en virtud del artículo 6 N° 1 letra a) y N° 2 del Convenio 169.	59
B. El Tribunal Constitucional y su golpe a la solución pública.	61
CAPÍTULO III	
SITUACIÓN ACTUAL DE LA CONSULTA EN CHILE EN LOS PROCESOS DE EVALUACIÓN AMBIENTAL: ¿SE CUMPLE CON EL ESTÁNDAR INTERNACIONAL DEL CONVENIO 169?	63
A. Análisis crítico del actual bloque reglamentario	64
B. Los Tribunales Ambientales	70
C. Rol de la Contraloría General de la República	75
D. Comisión asesora presidencial para la evaluación del SEIA	80
CAPÍTULO IV	
CONCLUSIONES	85
BIBLIOGRAFÍA	96
JURISPRUDENCIA JUDICIAL Y ADMINISTRATIVA	99
LEYES NORMATIVAS E INSTRUCTIVOS	102
ABREVIATURAS	103

INTRODUCCIÓN

“Chile ha suscrito numerosos tratados internacionales sobre derechos humanos, lo que manifiesta su voluntad de encauzar las políticas internas siguiendo las directrices y los estándares que la comunidad internacional ha venido adoptando desde al menos la segunda mitad del siglo veinte”¹ . No obstante ello, particularmente respecto del reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas, Chile posee una deuda histórica tanto a nivel legal como constitucional. Así, cuando en el año 2008 se ratifica el Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, se pensó que se elevaría el estándar de protección saldando esa deuda histórica, pero en realidad no fue más que un atajo para suplir una deficiente política pública interna respecto del tema indígena, y sin existir mayores análisis respecto del impacto que esto generaría, o de si nuestra estructura administrativa estaba preparada para incorporar un proceso de esa naturaleza.

Así, dentro de las diversas obligaciones que el Convenio impone al Estado de Chile, la Consulta Indígena es la que más notoriedad ha adquirido producto de

¹ CONTESSE S., Jorge (editor): “El Convenio 169 de la OIT y el derecho chileno: Mecanismos y obstáculos para su implementación”. Ediciones Universidad Diego Portales, Santiago de Chile, 2012. p. 11.

los conflictos que se han derivado de su implementación, con especial relevancia en el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.

El presente estudio busca efectuar un análisis profundo de ese conflicto a fin de determinar cuáles fueron sus causas, y producto de, y en razón de ello, realizar un diagnóstico de nuestra situación actual, y determinar si vamos en la senda correcta que nos permita poner fin al mismo y lograr incorporar la Consulta como una oportunidad de diálogo y mejora de los proyectos de inversión que ingresan al SEIA, y no como un obstáculo que se debe sortear o eludir.

Para lo anterior, primero repasaremos los antecedentes generales del Convenio 169 y qué significa el deber de Consulta que se impone a los Estados signatarios. Desde ahí, revisaremos mediante un análisis crítico, el proceso de ratificación, entrada en vigencia e implementación de este instrumento, para lo cual será necesario sumergirnos en la legislación chilena, en los pronunciamientos del Tribunal Constitucional y los reglamentos dictados por la autoridad al efecto, como así también, en las recomendaciones que han realizado organismos internacionales a nuestro país a fin que se cumpla el estándar internacional de la Consulta Indígena. Lo anterior, nos llevará a concluir que la implementación de la Consulta no ha sido fácil ni ha estado exenta de problemas, los cuales significaron se produjese en torno a ésta un

fenómeno de judicialización, el cual tuvo impactos económicos, sociales y políticos de envergadura, afectando no sólo a comunidades indígenas, que veían como se diluía su derecho, sino que la inversión en Chile por la paralización de proyectos ambientales, y evidentemente, la imagen del Estado y la confianza legítima que se deposita en él como titular de un procedimiento vital para el desarrollo del país.

En el marco del fenómeno de la judicialización, nos centraremos en el estudio de la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema, la que nos permitirá desentrañar el real conflicto que existe en torno a la Consulta en el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, derribando algunos mitos que llevaron a algunos a afirmar que la Consulta en sí misma es un procedimiento conflictivo, no obstante éste reviste de complejidades, o que fue un error del Estado aprobar el Convenio, o que son los inversionistas los que pretenden llevar a cabo sus iniciativas a toda costa convirtiéndose en enemigos de las comunidades indígenas existentes en los territorios en donde estos buscan emplazarse. Las razones son más de fondo, y guardan relación con el procedimiento administrativo en el cual ésta se circunscribe, el cual propicia que durante su desarrollo las partes se enfrenten y que la resolución de calificación ambiental que de él emana sea objetable.

De esta forma, nos adentramos en la segunda parte de nuestro estudio, el cual se caracteriza por ser predominantemente expositivo, toda vez que detallaremos en qué consistió la solución pública que el Ejecutivo dio a este conflicto. Dicha solución la hemos bautizado como el bloque reglamentario en materia de Consulta, ya que se compone no sólo del Convenio, sino que además de dos reglamentos y un instructivo, los cuales unidos permiten configurar la solución del Ejecutivo. A su vez, estudiaremos el duro golpe que dio a esta solución el Tribunal Constitucional, cuando con ocasión de pronunciarse acerca de la constitucionalidad del nuevo reglamento del SEIA, terminó exhortando al legislador para que se diera solución al conflicto mediante una ley, y no en virtud de la potestad reglamentaria. Queda planteada así la discusión en torno a si es importante el medio por el cual se reglamenta la Consulta.

Con los conocimientos descritos adquiridos, y esbozadas nuestras primeras conclusiones, entramos a la tercera parte, en donde a 7 años de la entrada en vigencia del Convenio, analizaremos la situación actual, tanto del bloque reglamentario en relación a los estándares internacionales, como del rol que juega en este proceso la Contraloría y los recién estrenados Tribunales Ambientales. Finalmente, se evidenciará una arista política y de diseño, ya que el actual gobierno es crítico de la reglamentación actual y ha propuesto un

rediseño del SEIA, que se aproxima más a entregar una solución real al conflicto, toda vez que busca subsanar los defectos procedimentales del sistema.

Así las cosas, nuestras conclusiones terminan con una identificación de los aspectos aun pendientes, y que deben transformarse en un reto para el Estado.

En síntesis, la implementación de la Consulta es un hecho que no ha dejado a nadie indiferente, y la relevancia de su análisis y estudio no se centra solo en el derecho indígena o ambiental, como muchos podrían pensar, sino en el derecho administrativo.

Se constituye como un humilde propósito de esta investigación, el contribuir al reposicionamiento de Chile en estas materias, tanto para con sus pueblos originarios, como considerando que somos un país receptor de grandes inversionistas y que basa su economía en proyectos que deben ingresar al SEIA.

Esta actividad formativa, como culminación de los estudios del Magister en Derecho, con mención en Derecho Público, y de la mano del profesor Luis Cordero, no sólo busca responder una legítima inquietud personal, sino ser un

aporte al debate y constituirse como una mirada diferente del conflicto, entendiendo que la Consulta ha dejado al descubierto un déficit procedimental en materia de evaluación ambiental que es necesario abordar, para no quedarnos en el análisis simplista de que éste no es más que un conflicto entre diversos grupos de interés que han instrumentalizado el SEIA convirtiéndolo en un campo de batalla.

CAPÍTULO I

EL CONVENIO N° 169 DE LA OIT Y EL PROBLEMA DE SU IMPLEMENTACIÓN EN CHILE, PARTICULARMENTE RESPECTO DE LA CONSULTA INDÍGENA EN EL SISTEMA DE EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL.

A. ANTECEDENTES GENERALES DEL CONVENIO 169.

El reconocimiento de los derechos indígenas es un fenómeno relativamente reciente en el plano del derecho internacional. Si bien ha habido muchos países colonizadores que trataron desde un principio instaurar políticas tendientes a respetar los derechos de los pueblos originarios (1885, Acta General de la Conferencia de Berlín sobre África Occidental), no es menos cierto que la mayoría de estos no adoptaron ninguna medida real y eficaz para el respeto y protección de estos pueblos, sus costumbres y su relación con la tierra. Sin perjuicio de ello, con la firma del Tratado de Versalles en el año 1919, ocurrieron dos importantes hechos que comenzaron a cambiar el rumbo de la protección de los derechos indígenas. En primer lugar se establecieron ciertos estándares en relación a la tutela que deben tener sobre estos pueblos las naciones adelantadas, y en segundo lugar, se creó la Organización

Internacional del Trabajo (OIT), que tuvo como uno de sus mandatos velar porque los Estados signatarios aplicaran los Convenios suscritos en el ámbito laboral a sus colonias, protectorados y posesiones. Fruto de lo anterior, y bajo la consigna de proteger los derechos laborales de los pueblos originarios, la OIT asumió un rol preponderante en la defensa de los mismos, ya no sólo desde el punto de vista de las condiciones de trabajo, sino que también de los derechos colectivos, sociales y políticos. Ocupa por tanto un liderazgo internacional en esta materia, primeramente con la aprobación en el año 1957 del Convenio 107 sobre poblaciones indígenas y tribales, y que culmina el 27 de junio de 1989, con la adopción del Convenio 169 sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, en adelante el “Convenio”, el que entró en vigencia internacional el día 5 de septiembre de 1991, y que buscaba ser una revisión del primero, más completo e incluyendo en su génesis y discusión a los propios pueblos indígenas.

Refiriéndonos someramente al contenido y fin del Convenio, debemos señalar que conforme reza su artículo 1º, éste se aplicará a los pueblos tribales y pueblos indígenas en países independientes. A su vez, su preámbulo destaca que se tuvo en consideración para su dictación el hecho de que “en muchas partes del mundo los pueblos indígenas y tribales no pueden gozar de los derechos humanos fundamentales en el mismo grado que el resto de la población de los Estados en que viven y que sus leyes, valores, costumbres y

perspectivas han sufrido a menudo una erosión”² . En otras palabras, “la superación de la postergación, discriminación y vejación sufrida por los pueblos indígenas constituye uno de los objetivos medulares del Convenio”³ .

Su política general establece un mandato para los gobiernos, en orden a asumir la responsabilidad de desarrollar, con la participación de los pueblos indígenas, una acción coordinada y sistemática con miras a proteger sus derechos y a garantizar el respeto de su integridad. Acorde a ello, las acciones de los gobiernos deberán incluir medidas que: (i) aseguren a los miembros de dichos pueblos gozar, en pie de igualdad, de los derechos y oportunidades que la legislación nacional otorga a los demás miembros de la población; (ii) promuevan la plena efectividad de los derechos sociales, económicos y culturales de esos pueblos, respetando su identidad social y cultural, sus costumbres y tradiciones, y sus instituciones; y (iii) ayuden a los miembros de los pueblos interesados a eliminar las diferencias socioeconómicas que puedan existir entre los miembros indígenas y los demás miembros de la comunidad nacional, de una manera compatible con sus aspiraciones y formas de vida⁴ .

² ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO: Convenio 169 sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, 1989.

³ MONTT, Santiago y MATTA, Manuel: “Una visión panorámica al Convenio OIT 169 y su implementación en Chile”. En Estudios Públicos del Centro de Estudios Públicos de Chile N°121, verano 2011: 142

⁴ Ver Artículo 2 Convenio 169 OIT.

Lo anterior, principalmente se materializa mediante los mecanismos de Consulta (artículo 6 N°1), y de reconocimiento que deben efectuarse respecto de las tierras indígenas que tradicionalmente ocupaban (artículo 14 N° 1) , como asimismo de la consagración de un catálogo de derechos relativos a la contratación y condiciones del empleo, a la formación profesional, artesanía, industrias rurales, seguridad social y salud, educación y medios de comunicación, mandatando además a los gobiernos a facilitar los contactos y la cooperación entre pueblos indígenas y tribales de otros países, lo que manifiesta las diversas materias que se pretenden abarcar y regular en el Convenio.

En síntesis, con su implementación, se “busca eliminar la discriminación y las brechas socioeconómicas que mantienen los pueblos indígenas en relación al resto de la población, para lo cual los Estados que lo ratifican deben adoptar una serie de medidas especiales, con la participación de dichos pueblos, con miras a salvaguardar sus instituciones, propiedades, cultura y medio ambiente, y respetando su identidad social y cultural, y garantizando su integridad”⁵.

⁵ COMISIÓN PERMANENTE RECURSOS NATURALES, CÁMARA DE DIPUTADOS DE LA REPÚBLICA DE CHILE: “Marco normativo sobre Consulta y participación indígena”. Elaborado en el contexto de la tramitación de la Ley sobre Administración del borde costero y concesiones, Boletín 8467-12. P.3.

B. LA CONSULTA INDÍGENA DEL CONVENIO 169.

Acorde al objeto de nuestro estudio, es preciso señalar que la denominada Consulta Indígena se encuentra consagrada en el artículo 6 N° 1 letra a) del Convenio, el que dispone que “1) Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán: a) Consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas y administrativas susceptibles de afectarles directamente”. Luego, su numeral 2 agrega que “Las Consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas”.

Sin perjuicio que a lo largo de su texto el Convenio establece ciertas situaciones específicas en las que esta Consulta debe realizarse, debe ser entendida como una obligación general para los gobiernos, en la medida que operen los siguientes supuestos: (i) que se prevea una medida legislativa o administrativa, y (ii) que dicha medida sea susceptible de afectarles directamente.

Si bien la Consulta es una piedra angular del Convenio, la falta de precisión respecto de la forma y oportunidad en que debería ejecutarse, es lo que ha

transformado a la misma en un elemento controversial, ya que lo anterior, sumado a la dificultad de los gobiernos para su implementación, ya sea por deficiencia de los procedimientos administrativos internos en las cuales ésta se enmarca, como también de la falta de voluntad, ha hecho necesario que la OIT poco a poco establezca mínimos estándares para su ejecución. Para el estudio de éstas seguiremos a James Anaya, Relator Especial de Naciones Unidas sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, quien elaboró un informe en el año 2009 sobre la situación de los pueblos indígenas en Chile⁶, estableciendo que son siete las condiciones mínimas y esenciales para la implementación de la Consulta Indígena:

B.1. La Consulta debe ser Previa.

Cuando el Convenio establece que la Consulta debe ser previa, no se refiere sólo a que sea realizada antes de ser adoptada la medida, sino que desde la primeras etapas de formación de la misma. Tal como dispone la letra b) del artículo 6 del Convenio, es una obligación para los gobiernos establecer los medios que permitan que los pueblos interesados participen libremente, por lo

⁶ ANAYA, James: Informe sobre la situación de los pueblos indígenas en Chile, Apéndice A: "Principios internacionales aplicables a la Consulta en relación con la reforma constitucional en materia de derechos de los pueblos indígenas en Chile". Abril, 2009. pp.31 a 53.

menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles, en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernen.

“La Consulta, por lo tanto, debe llevarse a cabo con la suficiente antelación para que pueda ser efectiva”.⁷

B.2. Procedimientos apropiados.

“La expresión procedimientos apropiados debe entenderse con referencia a la finalidad de la Consulta. No hay un único modelo de procedimiento apropiado y éste debería tener en cuenta las circunstancias nacionales y de los pueblos indígenas, así como la naturaleza de las medidas consultadas. En cuanto al propio proceso de Consulta, éste debería tomar en cuenta la opinión de los diferentes pueblos que participan en la Consulta sobre el procedimiento a

⁷ INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS: “El deber de Consulta previa en la propuesta de Reglamento del Sistema de Evaluación Ambiental”. Minuta aprobada por el Consejo del INDH el 13 de mayo de 2013, Sesión Extraordinaria 152. P.6.

utilizarse para intercambiar, de manera que el procedimiento utilizado sea considerado apropiado por todas las partes”⁸.

Tal como ha señalado la OIT, la validez de una Consulta, concebida como un medio para prevenir y resolver eventuales conflictos, depende de la construcción de mecanismos de diálogo fecundos. “La Consulta prevista por el Convenio no es, por lo tanto, un requisito formal sino un verdadero instrumento de participación”.⁹

Por su parte, conforme lo señala James Anaya, la Consulta debe “responder a procedimientos más o menos formalizados, sistemáticos, replicables y transparentes. Este requisito responde a la necesidad de dotar de seguridad jurídica a todo acto del Estado, así como a los objetivos de adecuación y representatividad de las Consultas a los pueblos indígenas, evitando arbitrariedades y conflictos innecesarios. La adopción de dichos procedimientos debería ser en sí mismo un proceso consensuado, con la participación activa de los pueblos indígenas”.¹⁰

⁸ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (2010): “Monitoreo de los Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales a través de los Convenios de la OIT. Una recopilación de los comentarios de los órganos de control de la OIT 2009-2010. [Consulta 1 de diciembre de 2017, http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/-normes/documents/publication/wcms_150209.pdf] p. 53.

⁹ Ídem.

¹⁰ ANAYA, James. Op. Cit. p.43

B.3. Instituciones representativas.

Los organismos de control de la OIT han señalado que “el criterio de representatividad es (...) un requisito esencial de los procedimientos de Consulta y participación previstos por el Convenio, entendido como el derecho de los diferentes pueblos y comunidades indígenas de participar en estos mecanismos a través de las instituciones representativas surgidas de su propio proceso.”¹¹

De lo anterior se desprende que este requisito, en primer término, es una obligación impuesta a las propias comunidades o pueblos indígenas, quienes deben elegir adecuadamente a sus representantes y comunicarlo debidamente, y luego, en segundo término, al gobierno o autoridad, que debe velar porque sus interlocutores en los procesos de Consulta sean instituciones representativas de los interesados.

“Esto implica que se deben realizar procesos de Consulta que consideren, por ejemplo, a las autoridades tradicionales o ancestrales de los pueblos

¹¹ *Ibíd.*p.28

involucrados, y no sólo a las comunidades u organizaciones establecidas conforme a determinada legalidad”.¹²

B.4. Ejecutada de buena fe.

“Ambas partes, tanto las autoridades del Estado como los propios pueblos indígenas, deben realizar todos los esfuerzos para generar un clima de confianza y respeto mutuo en el que la Consulta se lleve a cabo de buena fe. Esto requiere en primer lugar que exista un cierto nivel de aceptación mutua por las partes acerca del mismo procedimiento de Consulta, con independencia de cuáles puedan ser las posiciones sustantivas dentro del procedimiento. Desde el punto de vista de los objetivos últimos de la Consulta, ésta debe tomarse como una oportunidad para abrir un diálogo normativo en torno a las demandas legítimas de los pueblos indígenas, a la luz de los derechos internacionalmente reconocidos, para acercar posturas divergentes y para propiciar una mayor participación e inclusión de los pueblos indígenas en las estructuras institucionales del Estado”.¹³

¹² INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS: “El deber de Consulta previa en la propuesta de Reglamento del Sistema de Evaluación Ambiental”. Op. Cit. P.9.

¹³ ANAYA, James. Op. Cit. pp.39 y 40.

De esta manera, la autoridad debe realizar los procesos de Consulta no sólo con un mero fin informativo, sino que incluso, estar abierta a la posibilidad de que de requerirse, su medida esté sujeta a modificaciones. Misma exigencia debe hacerse a las comunidades que participan de estos procesos, a fin que su posición no sea impositiva. A mayor abundamiento “ello implica que los procesos de Consulta deben ser iniciados lo antes posible, que la información debe circular en dos sentidos, es decir, que se debe brindar y recibir información, que ésta debe ser completa y comprensible, que no exista ningún tipo de coacción, interferencia, presión o violencia que pueda alterar la expresión libre de las posiciones y opiniones de los pueblos indígenas”.¹⁴

B.5. Apropriada a las circunstancias.

Al aplicarse la Consulta, se debe tener a la vista la situación particular, tanto de la medida a consultar, como del pueblo indígena que será Consultado. La idea es evitar que se establezcan procedimientos rígidos de Consulta, que impidan que ésta se adecúe a la realidad y al contexto en cual se desarrolla.

¹⁴ GALVIS, María Clara y RAMÍREZ, Ángela María: “Digesto de Jurisprudencia latinoamericana sobre los derechos de los pueblos indígenas a la participación, la Consulta previa y la propiedad comunitaria”. Edición Fundación para el Debido Proceso (Due process of law foundation). Washington, 2013. P.127

B.6. Con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr un consentimiento acerca de las medidas propuestas.

La Consulta no puede ser meramente informativa. Debe existir por ambas partes la voluntad de querer llegar a un acuerdo o la voluntad de obtener un consentimiento previo, libre e informado sobre las medidas consultadas. Es preciso indicar que el Convenio 169 no establece expresamente que el consentimiento deba ser previo, libre e informado, salvo la mención que hace su Artículo 16 N° 2 respecto del traslado y/o reubicación de los pueblos, el cual sólo podrá producirse si ha mediado el consentimiento libre y con pleno conocimiento de causa. Así, estos elementos se obtienen de la Declaración Universal sobre Derechos de los Pueblos Indígenas de la ONU, instrumento que vendría a mejorar y complementar el estándar del Convenio a este respecto.

Tal como ha señalado James Anaya en su informe “(...) los principios de Consulta y consentimiento no dan lugar a que los mismos pueblos indígenas impongan su voluntad sobre el resto de la sociedad cuando estos otros tengan intereses legítimos e importantes en juego. Al oponerse a la imposición de una

parte sobre la otra, los principios de Consulta y de consentimiento buscan promover el entendimiento mutuo y el consenso en la toma de decisiones.”¹⁵

No obstante, la propia OIT ha señalado que “las Consultas deberán efectuarse de buena fe y con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas. En este sentido, el Convenio 169 no proporciona un derecho a veto a los pueblos indígenas, ya que alcanzar un acuerdo o lograr el consentimiento es el propósito al iniciar el proceso de Consulta, y no un requisito independiente”¹⁶.

B.7. Susceptibilidad de la afectación directa como umbral de procedencia de la Consulta previa.

“Respecto a la noción susceptible de afectarles directamente, la Directora de Normas de la OIT, Sra. Cleopatra Doumbia-Henry, aclaró que ésta debe entenderse en relación al artículo 7 del Convenio¹⁷, el cual aborda el concepto

¹⁵ ANAYA, JAMES. Op.Cit. p. 45

¹⁶ 23. ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (2013): Comprender el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169): Manual para los mandantes tripartitos de la OIT. [Consulta 1 de diciembre de 2017, http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_norm/@normes/documents/publication/wcms_205230.pdf].

¹⁷ Artículo 7:

de participación. En virtud de esto, señala que el criterio para definir la afectación directa debe entenderse en relación con el proceso de desarrollo, en la medida que éste afecte sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual, y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y en el marco de que estos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente. Concluye que la aplicación de la Consulta a aquellos temas que afecten exclusivamente a pueblos indígenas sería demasiado limitada.”¹⁸

1. Los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. Además, dichos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente.

2. El mejoramiento de las condiciones de vida y de trabajo y del nivel de salud y educación de los pueblos interesados, con su participación y cooperación, deberá ser prioritario en los planes de desarrollo económico global de las regiones donde habitan. Los proyectos especiales de desarrollo para estas regiones deberán también elaborarse de modo que promuevan dicho mejoramiento.

3. Los gobiernos deberán velar porque, siempre que haya lugar, se efectúen estudios, en cooperación con los pueblos interesados, a fin de evaluar la incidencia social, espiritual y cultural y sobre el medio ambiente que las actividades de desarrollo previstas puedan tener sobre esos pueblos. Los resultados de estos estudios deberán ser considerados como criterios fundamentales para la ejecución de las actividades mencionadas.

4. Los gobiernos deberán tomar medidas, en cooperación con los pueblos interesados, para proteger y preservar el medio ambiente de los territorios que habitan.

¹⁸ Ver respuesta enviada por escrito por la Directora de Normas de la OIT, Sra. Cleopatra Doumbia-Henry, en respuesta a Consulta s hechas por los Senadores en Sesión de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, el 21 de diciembre de 2010 a la Comisión. Citado por COMISIÓN PERMANENTE RECURSOS NATURALES, CÁMARA DE DIPUTADOS DE LA REPÚBLICA DE CHILE: “Marco normativo sobre Consulta s y participación indígena”. Elaborado en el contacto de la tramitación de la Ley sobre Administración del borde costero y concesiones, Boletín 8467-12. P.4.

En síntesis, y como ya tuvimos la oportunidad de concluir en líneas precedentes, “no toda medida debe ser sometida a Consulta previa, sino aquella que reúna las características de susceptibilidad de afectación”, o de “afectar a las comunidades indígenas en modos no percibidos por otros individuos de la sociedad”.¹⁹

C. RATIFICACIÓN POR CHILE.

El 27 de junio de 1989, la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), en su Septuagésima Sexta Reunión, adoptó el Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígenas y tribales en Países Independientes.²⁰ Si bien en dicha votación Chile se abstuvo, con el cambio de régimen gubernamental, el nuevo Presidente electo democráticamente, y que asumiera el 11 de marzo de 1990, don Patricio Aylwin Azócar, lo hacía con el compromiso de promover los derechos indígenas, lo que conllevaba no sólo la ratificación de este Convenio, sino que también el reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas y la

¹⁹ INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS: “El deber de Consulta previa en la propuesta de Reglamento del Sistema de Evaluación Ambiental”. Op. Cit. P.11.

²⁰ Hasta la fecha ha sido ratificado por 22 países, dentro de los cuales podemos mencionar a Argentina, Bolivia, Chile, Venezuela, Colombia, Brasil, España, Dinamarca, Países Bajos, Costa Rica, México y Honduras.

promulgación de una Ley Indígena. Las razones fundamentales radicaban en que si bien hasta ese momento Chile no había ratificado el anterior Convenio 107 de la OIT, sí lo había hecho respecto de una serie de textos jurídicos internacionales atinentes a los pueblos indígenas, lo que sumado a la carencia de un reconocimiento legal y constitucional en favor de los mismos, hacían necesaria la ratificación de este instrumento a fin de salvaguardar los derechos de los pueblos indígenas y tribales que, en Chile, como en muchas partes del mundo, no podían gozar de los derechos humanos fundamentales en el mismo grado que el resto de la población de los Estados en que viven.

Así las cosas, el 21 de diciembre de 1990, don Patricio Aylwin, envió un Mensaje al Congreso Nacional dando inicio a la tramitación de un proyecto de Ley referido al acuerdo relativo al Convenio N° 169, Boletín 233-10, destacando la importancia que revestía para Chile la aprobación de este documento.

No obstante la importancia que se manifestaba en el año 1990, la aprobación de éste fue lenta y no exenta de conflictos, ya que no todos los sectores políticos compartían esta mirada y el sentido de urgencia en la ratificación del Convenio, el cual era visto como una amenaza. Pasó el tiempo, y el tema se reactivó en el año 2000, en donde fue aprobado, en primer trámite por la Cámara de Diputados el día 11 de abril, pasando por tanto al Senado, específicamente a cargo de la comisión de relaciones exteriores, lugar en donde el Convenio durmió nuevamente hasta el año 2007, momento en el cual,

fruto de un acuerdo de los sectores políticos, se logró su aprobación el día 9 de abril de 2008. Luego, considerando que el instrumento de ratificación se depositó con fecha 15 de septiembre de 2008 ante el Director General de la OIT, el Convenio N° 169, conforme sus propias disposiciones, entraría en vigencia para Chile el 15 de septiembre de 2009.

La reactivación en la aprobación, luego de casi 20 años de tramitación en el Congreso, provino tanto de causas internas como externas. Respecto de las primeras, encontramos el hecho de que se debía saldar la deuda histórica con los pueblos indígenas en Chile, considerando el gobierno, según nuestro modo de ver, de manera errada, que la forma de hacerlo sería simplemente aprobando este Convenio, como si el mismo fuese una fórmula mágica para suplir la inactividad legislativa y administrativa en dicha materia. Por su parte, y en cuanto a las causas externas, “la falta de aprobación del Convenio afectaba negativamente la imagen y prestigio del Gobierno de Chile en materia de resguardo de los derechos indígenas –al menos en lo que a organismos como la ONU concierne– y, consecuentemente, se reflejaba en la presión ejercida por ella y otras organizaciones para que nuestro país aprobara el Convenio”.²¹

²¹ DONOSO, Sebastián (2008): “Chile y el convenio 169 de la OIT: reflexiones sobre un desencuentro”, en Temas de la Agenda Pública, Vice rectoría de Comunicaciones y Asuntos Públicos. Año 3, N°16. Santiago, Ediciones Pontificia Universidad Católica de Chile.

Paralelo a este proceso de ratificación, el Tribunal Constitucional, en adelante TC o Tribunal, se pronunció respecto del mismo en dos ocasiones, la primera en el año 2000 (Rol 309-2000) y la segunda en el año 2008 (Rol.1050 -2008)²². El pronunciamiento inaugural de su decisiva participación en esta materia, fue producto de un requerimiento que hicieron 31 diputados el día 7 de julio del año 2000, solicitando la inconstitucionalidad total de ciertos artículos del Convenio por razones de forma y fondo, dentro de las que se consideraban la contravención de sus disposiciones a las Bases de la Institucionalidad chilena. El Tribunal desechó esta solicitud, siendo a nuestro juicio, lo importante y relevante de su fallo, en que en los considerandos 5°, 6°, 7° y 48°, estableció que los tratados internacionales para su aplicación en el orden interno de un país, pueden contener dos tipos de cláusulas denominadas por la doctrina como *self executing* o autoejecutables y *non self executing* o no autoejecutables. Las primeras, son las que tienen el contenido y precisión necesarias que las habilita para ser aplicadas sin otro trámite como fuente de derecho interno. En otros términos, señala el Tribunal, son autosuficientes y entran a la legislación nacional cuando el tratado que las contiene se incorpora al derecho vigente. Por otra parte, las segundas, son aquellas que requieren

²² Es preciso indicar que a la fecha del presente estudio, el TC se ha pronunciado en 5 ocasiones respecto del Convenio 169, pero solo dos de ellas fueron previas a la entrada en vigencia del mismo. Las sentencias del TC que citaremos a lo largo de este estudio se encuentran disponibles en su sitio web oficial, Enlace: <http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/sentencias>.

para su entrada en vigencia de la dictación de leyes, reglamentos o decretos que las implementen y, en tal evento, las haga aplicables como fuente del derecho interno.

De esta manera, según el criterio del Tribunal, dentro del primer grupo encontramos tanto el artículo 7° N° 1 oración segunda, referido a la participación en la formulación, aplicación y evaluación de planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente, como el artículo 6° N° 1 letra a), referente a la Consulta Indígena propiamente tal.

El segundo pronunciamiento del Tribunal Constitucional se produjo en el año 2008, esta vez, para ejercer control de constitucionalidad de los artículos 6 N°1 letra a), 6 N°2 y 7 N°1 oración final del Convenio 169, por considerarse que estas normas regulan materias reservadas por nuestra Constitución a las Leyes Orgánicas Constitucionales, particularmente por establecer modos de participación de los pueblos indígenas en los niveles nacional, regional y municipal de la administración. Esta solicitud se tramitó bajo el Rol N° 1050 - 2008, y su fallo fue emitido con fecha 3 de abril de 2008, en donde el Tribunal estima que los citados preceptos son constitucionales, y no riñen con disposición alguna. Es más, concluye que estarían acordes con el principio de participación con igualdad de oportunidades en la vida nacional que consagra el artículo 1° de nuestra carta fundamental.

En conclusión, con fecha 15 de septiembre de 2009, entraba en vigencia en Chile el Convenio 169, el cual había sido considerado Constitucional por el TC, además de autoejecutables algunas de sus disposiciones. Entraba en vigencia sin existir en Chile una tradición por el respeto de los derechos indígenas, sin mayores discusiones acerca de cómo debía procederse a su aplicación en la práctica conforme los estándares internacionales, y lo que es más grave, sin un análisis serio por parte de las autoridades del real impacto que su aplicación generaría en muchos ámbitos, y particularmente, de los proyectos de inversión con impacto ambiental e impacto en las comunidades indígenas.

D. ENTRADA EN VIGENCIA E IMPLEMENTACIÓN: LA DICTACIÓN DEL DECRETO SUPREMO Nº 124/2009 Y SUS CONSECUENCIAS.

Como hemos señalado en líneas precedentes, Chile aprobó el Convenio 169 en un escenario muy complejo, ya que se contaba con una tradición en el derecho indígena en general, de manera que no había experiencia alguna respecto de la mayoría de los temas que este instrumento regulaba. Luego, para complicar aún más las cosas, no todos los sectores políticos y sociales estaban convencidos que este instrumento debía ser aplicado en Chile, de manera que faltaba voluntad política y social para el éxito del mismo. Como ya hemos esbozado, se veía como una amenaza. No obstante lo expuesto, a nuestro

juicio los anteriores elementos se podrían haber sorteado, sino fuera porque el Ejecutivo no tuvo la rigurosidad necesaria en el análisis del impacto del Convenio conforme los procedimientos administrativos en los cuales éste se insertaría, como respecto de la definición acerca del modo e instrumento idóneo mediante el cual se guiaría su aplicación, hecho grave, dado que fue lo que provocó la judicialización de la cual nos pronunciaremos más a fondo posteriormente en este estudio. En otras palabras, el Convenio nació a la vida en nuestro país de una manera inidónea que desencadenó un complejo fenómeno de judicialización en torno a la Consulta.

Dicho lo anterior, y adentrándonos en el estudio del rol del Ejecutivo en la implementación, con fecha 25 de junio de 2008 se dictó el Instructivo Presidencial N° 5, que contemplaba, entre otras medidas, la incorporación en el quehacer de los organismos públicos de la consideración de los planteamientos que provengan de los pueblos indígenas, mediante un procedimiento que permitiera canalizar información relevante a las comunidades indígenas, recabar sus opiniones y observaciones sobre las iniciativas que estén destinadas a ellas o puedan afectarles directamente, y establecer el deber para los organismos públicos de entregar una respuesta fundada. Dicho instructivo contemplaba 5 etapas que deberían ser observadas en todo proceso de Consulta.

Con la entrada en vigencia del Convenio 169, dicho instructivo, que no es parte de la potestad reglamentaria y sólo tenía como objeto orientar a las autoridades, se hizo insuficiente, ya que se requería de una reglamentación más robusta que diera contenido a las disposiciones de los artículos 6 N° 1 letra a) y N° 2, y 7 N° 2 oración segunda, esto es, la Consulta Indígena.

Así, el Estado de Chile, teniendo presente que el artículo 34 del Convenio N° 169 establecía que la naturaleza y alcance de las medidas que se adopten para dar efecto a éste deberán determinarse con flexibilidad, teniendo en cuenta las condiciones propias de cada país, y, que el Relator Especial de Naciones Unidas sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas había señalado que, en aquellos casos en que los mecanismos para llevar a cabo la Consulta no existan formalmente, deberán adoptarse provisionalmente mecanismos transitorios con miras al ejercicio efectivo de ésta, estimó que si se reglamentaba lo dispuesto en el Artículo 34° de la Ley N° 19.253²³, que consagra la participación indígena, se estaba dando cumplimiento al Convenio 169 en esta materia.

²³ Ley N° 19.253, que Establece normas sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas, y crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena”. Disponible en <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=30620>

Por ello, con fecha 4 de septiembre de 2009, a solo 11 días de a entrada en vigencia del Convenio, se promulgó el Decreto Supremo N° 124 del entonces existente Ministerio de Planificación (MIDEPLAN), a fin de regular la Consulta y la Participación de los Pueblos Indígenas del Artículo 34 de la Ley N° 19.253²⁴.

En síntesis, y teniendo en especial consideración lo ya resuelto por el TC en relación a la autoejecutabilidad de las normas del Convenio en materia de Consulta y Participación Indígena, el Estado de Chile comprendió que, reglamentando la disposición de la ley indígena previamente citada, se estaría dando cumplimiento a lo exigido por el Convenio en esta materia y se lograría su implementación.

Desde su entrada en vigencia, no pocas fueron las críticas que se realizaron al reglamento aprobado DS N° 124.

²⁴ Artículo 34°. “Los servicios de la administración del Estado y las organizaciones de carácter territorial, cuando traten materias que tengan injerencia o relación con cuestiones indígenas, deberán escuchar y considerar la opinión de las organizaciones indígenas que reconoce esta ley.

Sin perjuicio de lo anterior, en aquellas regiones y comunas de alta densidad de población indígena, éstos a través de sus organizaciones y cuando así lo permita la legislación vigente, deberán estar representados en las instancias de participación que se reconozca a otros grupos intermedios”.

En primer lugar, enfatizamos en que se incurrió en un error al reglamentar la Consulta Indígena del Convenio 169 teniendo como base el artículo 34 de la Ley Indígena, toda vez que lo dispuesto por éste no se corresponde con el espíritu del Convenio. La Consulta de la ley indígena chilena buscaba informar, pero no lograr acuerdos ni obtener consentimiento por parte de las comunidades. La intención nunca fue que existiera la posibilidad de modificar eventualmente la medida para ajustarla a los requerimientos de las comunidades afectadas, sino que simplemente darla a conocer. Asimismo, no contemplaba un elemento esencial, y es que la Consulta debía ser previa.

En otro orden de cosas, realizaba una interpretación extremadamente restrictiva del concepto de medida administrativa y legislativa, dejando fuera de ésta un sinnúmero de medidas que, conforme al Convenio, deben ser consultadas.²⁵

Otra de las grandes críticas a este decreto, era que precisamente no hubo una Consulta previa para regular la Consulta, lo que se opone a su esencia, y lo deslegitimaba frente a las comunidades indígenas.

²⁵ El Artículo 14 del DS 124, disponía lo siguiente: “Medidas a ser consultadas. Las medidas que deberán ser consultadas son las medidas legislativas y las medidas administrativas. Medidas legislativas son las ideas matrices de los proyectos de reforma constitucional y de los proyectos de ley, así como los reglamentos, que tengan su origen en los órganos de la administración del Estado señalados en el artículo 4º de este reglamento, que afecten directamente a los pueblos indígenas interesados. Medidas administrativas son las nuevas políticas, planes y programas, con excepción de aquellos contemplados en el artículo 21 de este reglamento, elaboradas por los órganos de la administración del Estado señalados en el artículo 4º del presente reglamento, que afecten directamente a los pueblos indígenas interesados.”

Básicamente, este reglamento tan rígido y restrictivo, no solo no estaba a la altura del estándar internacional que debe tener la Consulta del Convenio 169, exponiendo al Estado de Chile a un incumplimiento de las obligaciones internacionales asumidas al momento de ratificar el tratado, sino que además dejaba una sensación elusiva o de incomodidad. En el ámbito interno, al no efectuarse un análisis serio acerca de cómo se integraría la Consulta en los procedimientos administrativos, generando por tanto un incerteza jurídica, se dejó abierta una puerta a la judicialización, lo que tuvo un especial impacto en la tramitación de los proyectos que ingresaban al sistema de evaluación de impacto ambiental.

E. EL FENÓMENO DE LA JUDICIALIZACIÓN DE LOS PROYECTOS DE INVERSIÓN INGRESADOS AL SISTEMA DE EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL: LA CORTE SUPREMA Y SU EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL EN RELACIÓN A LA CONSULTA INDÍGENA.

Desde la dictación del DS 124, era previsible que éste tendría un efecto adverso, ya que el estándar que se fijaba para la Consulta no era el adecuado, y además, porque muchos casos que deberían ser consultados, conforme esta instrucción, dejaban de serlo.

En los hechos, lo anterior tuvo como consecuencia que muchas comunidades indígenas se sintieran agraviadas por la actitud del Estado, ya que producto de su interpretación restrictiva, muchas decisiones estaban siendo adoptadas por la autoridad sin consultar del modo y en los casos que lo establece el Convenio, dejando por tanto en entredicho el cumplimiento de un tratado internacional.

Dicho fenómeno se tradujo en la denominada judicialización, vía Recurso de Protección, de un gran número de resoluciones o actos administrativos que eran dictados sin consultar, y especialmente en el marco de aquellos proyectos que, ingresando al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA), obtenían resoluciones de calificación ambiental favorables, sin revestir de procedimientos de Consulta Indígena, aun cuando incluso, había un reconocimiento expreso del titular de la afectación directa a las comunidades. La razón de que este fenómeno se haya producido con especial fuerza en materia ambiental "(...) se explica por dos razones: por una parte, se trata del único procedimiento integrado de observación y autorización de proyectos de inversión, de modo que inevitablemente convergen en él potestades e intereses diversos que lo convierten en un proceso deliberativo y complejo de administrar. La segunda razón se relaciona con la aprobación parlamentaria, en 2009, de la reforma a la institucionalidad ambiental que agregó al artículo 4^o²⁶, un inciso

²⁶ Ley 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente.

segundo que mandató la aplicación del Convenio 169 a todos los instrumentos de gestión ambiental”.²⁷ Lo anterior, sumado al tercer elemento relativo a la insuficiencia regulatoria del Ejecutivo, provocó que nos encontráramos en terreno fértil para que se generara este fenómeno.

Cabe señalar que, si bien a juicio de la autoridad ambiental la judicialización del SEIA no ocurrió, ya que la cantidad de procedimientos judiciales asociados no fue significativa respecto de la cantidad de 15.240 proyectos sometidos a éste a febrero de 2010, el cálculo no puede ser solamente matemático o estadístico. El Impacto sí fue de envergadura, ya que puso en tela de juicio al sistema, y por ello la razón de su estudio²⁸.

Así, desde el año 2010, la Corte Suprema, a través de su ejercicio jurisprudencial, se convierte en un actor clave en esta materia, evolucionando su posición a un nivel tal, que ya en el año 2011, el Estado se vio compelido a

Artículo 4°.- Es deber del Estado facilitar la participación ciudadana, permitir el acceso a la información ambiental y promover campañas educativas destinadas a la protección del medio ambiente.

Los órganos del Estado en el ejercicio de sus competencias ambientales y en la aplicación de los instrumentos de gestión ambiental, deberán propender por la adecuada conservación, desarrollo y fortalecimiento de la identidad, idiomas, instituciones y tradiciones sociales y culturales de los pueblos, comunidades y personas indígenas, de conformidad a lo señalado en la ley y en los convenios internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.

²⁷CORDERO VEGA, Luis (2013): “Derecho Administrativo y Convenio 169: La procedimentalización de los conflictos como consecuencia de soluciones incompletas” en Derecho y pueblo mapuche: Aportes para la discusión. (Editores OLEA, Helena y BONILLA, Daniel). Centro de Derechos Humanos, Universidad Diego Portales. Santiago. pp. 72

²⁸ MINISTERIO DE MEDIO AMBIENTE: “Informe Final de la Comisión Asesora Presidencial para la evaluación del SEIA”, entregado con fecha 25 de julio de 2016, p. 8. y cuyo texto completo y anexos se encuentran disponibles en el sitio web del MMA, enlace: http://portal.mma.gob.cl/wp-content/doc/35877_Informe-MMAF_FINAL.pdf.

recoger sus recomendaciones mediante el perfeccionamiento del proceso de implementación de la Consulta Indígena, pero por sobre todo, a comprender que alguna medida había que adoptar para evitar que el poder judicial siguiera solucionando un conflicto cuya fuente pasaba por la debilidad de los procedimientos administrativos, más que por conflictos ambientales.²⁹

En el presente apartado de nuestro estudio, intentaremos ordenar la revisión de los fallos del máximo Tribunal por distintos tópicos que hemos identificado, no obstante, es necesario advertir que ésta no es lineal, ni responde siempre a una jurisprudencias evolutiva. La Corte Suprema, si bien se ha mantenido firme respecto de algunos temas, también ha aplicado criterios disímiles en otros, incluso, involucionando. Es por ello que a algunos de estos elementos los hemos agrupado bajo el concepto de giro, porque precisamente sentimos que en sus fallos muchas veces ese fue el efecto que se producía, el cual no tiene una connotación negativa, sino en algunos casos progresista, y en otros disruptiva.

Adentrándonos en el estudio de la evolución Jurisprudencial en materia de evaluación de proyectos que ingresaban al SEIA, fue el recurso de protección la herramienta o acción constitucional escogida para frenar o revocar la aprobación ambiental de proyectos que no contaban con procedimiento de

²⁹ Ver CORDERO VEGA, LUIS. Op. Cit. P.82.

Consulta. La razón versaba en que la ausencia de Consulta vulneraba garantías constitucionales.

Evidentemente las acciones de protección provinieron de aquellas regiones en donde están mayoritariamente presentes los grupos indígenas, es decir, en la zona norte (Arica, Tarapacá, Antofagasta y Atacama) y Sur (La Araucanía y los Ríos). Conforme nuestro estudio, desde el 2010 a la fecha de cierre de este estudio, existen cerca de 23 fallos de la Corte Suprema relacionados con la Consulta Indígena y con el SEIA, los cuales pasaremos a estudiar agrupados conforme los siguientes tópicos:

E.1. La Consulta Indígena es aplicable en Chile y debe ser homologada al proceso de Participación Ambiental Ciudadana (PAC) que contempla la Ley 19.300, sobre Bases Generales del Medio Ambiente (LBGMA).

El primer fallo de la CS en estas materias, relativo a la impugnación de la Resolución de Calificación Ambiental (RCA) del proyecto piscicultura Palguín³⁰, recogía este principio en sus considerandos 11º y 12º, ya que la PAC es sólo obligatoria en los proyectos que conforme el Artículo 11 de la Ley 19.300 deben ingresar al SEIA a través de un EIA. En otras palabras, se colige que la

³⁰ Corte Suprema Sentencia de fecha 17 de mayo de 2010. Rol 1525-2010.

Consulta solo procede cuando la PAC es obligatoria, esto es, cuando se tramita un EIA. De manera que si la autoridad ambiental considera que un proyecto debe ser evaluado a través de una DIA, significa que no deberá ser consultado. Mismo razonamiento lo encontramos en el fallo relativo al proyecto Ducto Celco³¹, en donde la Corte Suprema en los considerados 11º y 12º dispone que “(...)como es posible apreciar, el procedimiento de participación ciudadana en los proyectos sometidos a estudios de impacto ambiental - previsto en el artículo 26 de la Ley N° 19.300- es el mecanismo a través del cual se lleva a efecto el deber de Consulta a que obliga el Convenio N° 169, cuyo texto y principios que lo informan resultan plenamente compatibles y alcanzan eficacia con la normativa ambiental vigente. Que la integración armónica del Convenio N° 169 en nuestro ordenamiento jurídico interno a que deben propender todos los órganos de la Administración del Estado en las áreas de sus respectivas competencias ha sido claramente satisfecha por la autoridad recurrida al cumplir con las exigencias jurídicas aplicables conforme a la normativa sectorial que la rige, las cuales son enteramente conciliables con los estándares que orientan el Convenio”.

³¹ Corte Suprema Sentencia de fecha 14 de octubre de 2010. Rol 4078-2010

Misma idea se consagra en la Sentencia de fecha 1 de diciembre de 2012, Rol N° 10.869-2011, en el marco de la solicitud de revocación de la Resolución que aceptaba el ingreso al SEIA del proyecto Manganeso los Pumas.

No obstante, al pronunciarse sobre el caso Proyecto Estación de Transferencia de Residuos Sólidos Lanco-Panguipulli³², va un paso más allá, y en su considerando tercero señala que “en este caso la autoridad administrativa debió considerar el procedimiento de participación ciudadana de los artículos 26 a 31 de la Ley N° 19.300, contemplando además los estándares del Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales”.

E.2. Procedencia de la Consulta Indígena: la afectación directa.

En esta materia, la Corte siempre ha manifestado en sus fallos un apego irrestricto al concepto de afectación directa que consagra el Artículo 6 del Convenio. No obstante, en lo que se refiere a evaluación ambiental, poco a poco relaciona y une este concepto al Artículo 11 de la Ley 19.300³³, y por

³² Corte Suprema Sentencia de fecha 04 de enero de 2011. Rol 6062-2010

³³ Artículo 11.- Los proyectos o actividades enumerados en el artículo precedente requerirán la elaboración de un Estudio de Impacto Ambiental, si generan o presentan a lo menos uno de los siguientes efectos, características o circunstancias:

a) Riesgo para la salud de la población, debido a la cantidad y calidad de efluentes, emisiones o residuos;

ende, equipara la afectación directa con el impacto ambiental, lo que la lleva a concluir que solo procede Consulta respecto de proyectos que deban ser ingresados al SEIA a través de un EIA. Esta Jurisprudencia la encontramos en las Sentencias relativas a los proyectos Minicentral hidroeléctrica Cayupil³⁴, Línea de Transmisión Loncoche Villarrica³⁵, Plan Regulador de San Pedro de Atacama³⁶, Línea de Transmisión Melipeuco Freire³⁷, Mejoramiento Ruta 199-CH³⁸, Museo Le Paige³⁹, Piscicultura Caburga II⁴⁰ y Mini Central Hidroeléctrica Chanleufú⁴¹.

-
- b) Efectos adversos significativos sobre la cantidad y calidad de los recursos naturales renovables, incluidos el suelo, agua y aire;
 - c) Reasentamiento de comunidades humanas, o alteración significativa de los sistemas de vida y costumbres de grupos humanos;
 - d) Localización en o próxima a poblaciones, recursos y áreas protegidas, sitios prioritarios para la conservación, humedales protegidos y glaciares, susceptibles de ser afectados, así como el valor ambiental del territorio en que se pretende emplazar;
 - e) Alteración significativa, en términos de magnitud o duración, del valor paisajístico o turístico de una zona, y
 - f) Alteración de monumentos, sitios con valor antropológico, arqueológico, histórico y, en general, los pertenecientes al patrimonio cultural.

Para los efectos de evaluar el riesgo indicado en la letra a) y los efectos adversos señalados en la letra b), se considerará lo establecido en las normas de calidad ambiental y de emisión vigentes. A falta de tales normas, se utilizarán como referencia las vigentes en los Estados que señale el reglamento.

³⁴ Corte Suprema Sentencia de fecha 11 de abril de 2011. Rol 9889-2010

³⁵ Corte Suprema Sentencia de fecha 17 de junio de 2011. Rol 4289-2011

³⁶ Corte Suprema Sentencia de fecha 13 de julio de 2011. Rol 258-2011

³⁷ Corte Suprema Sentencia de fecha 08 de junio de 2012. Rol 1602-2012

³⁸ Corte Suprema Sentencia de fecha 16 de enero de 2014. Rol 12457-2013

³⁹ Corte Suprema Sentencia de fecha 17 de febrero de 2014. Rol 63-2014

⁴⁰ Corte Suprema Sentencia de fecha 03 de abril de 2014. Rol 6427-2014.

⁴¹ Corte Suprema Sentencia de fecha 25 de agosto de 2014. Rol 17599-2014

A nuestro juicio, esta interpretación es correcta en cuanto que la Consulta procede en la medida que se comprueba la afectación directa, o mejor dicho, haya susceptibilidad de afectación directa, pero es restrictiva cuando considera que ésta solo existe conforme la envergadura del impacto ambiental en función del artículo 11 de la LBGMA, dejando fuera aquellos proyectos que ingresan al SEIA a través de una DIA, ya que estos por el solo hecho de tener un impacto menor, no causarían afectación alguna. Como podremos observar más adelante, esta interpretación sigue siendo una regla en el modo en que el SEA ha entendido y regulado al Consulta, con los consiguientes efectos negativos y críticas que deslegitiman la regulación actual.

E.3. Requisitos o forma en que se debe realizarse la Consulta.

En sus pronunciamientos la Corte fue cautelosa en cuanto a no recomendar la forma de realización o reglar expresamente la Consulta, porque evidentemente no le correspondía. No obstante en las sentencias que pasaremos a revisar, observamos cómo fue poco a poco estableciendo algunos parámetros, basándose para ello en los estándares internacionales que se prevé debe contemplar todo procedimiento de este tipo.

- Cuando la Consulta es obligatoria, debe realizarse a través de un diálogo de buena fe con el propósito claro de arribar a acuerdos.⁴²
- La Consulta debe ser previa, ello significa anterior a la dictación de la RCA. En conclusión, no puede alegarse su inexistencia mientras no se haya dictado el acto administrativo terminal.⁴³
- La resolución de la autoridad que determina la realización de un proceso de Consulta, es solo un anuncio, ya que los plazos y mecanismos del proceso se pueden ir consensuando con la comunidad, de manera que aun cuando se considere que dicha resolución es insuficiente, no podría causar agravio en sí misma.⁴⁴
- Las comunidades deben ser proactivas en relación a manifestar a la autoridad su parecer respecto de un proyecto que pudiere afectarles directamente, en caso que ésta no se haya contactado con ellas por considerar que tal afectación no es tal.⁴⁵

⁴² Corte Suprema Sentencia de fecha 13 de julio de 2011. Rol 258-2011. Considerando 5º.

⁴³ Este pronunciamiento se desprende de los siguientes Fallos: 1) Corte Suprema Sentencia de fecha 01 de diciembre de 2011. Rol 10869-2011. Manganese Los Pumas; y 2) Corte Suprema Sentencia de fecha 06 de diciembre de 2012. Rol 8703-2012, Proyecto el Morro.

⁴⁴ Corte Suprema Sentencia de fecha 27 de junio de 2013. Rol 4013-2013. El Morro.

⁴⁵ Corte Suprema Sentencia de fecha 22 de mayo de 2014. Rol 16817-2013. Ampliación Planta de Cloruro de Potasio, SQM.

E.4. La falta del deber de Consulta invalida la calificación ambiental y vulnera la garantía de igualdad ante la ley, ya que incumple con la obligación legal de fundamentación de los actos administrativos.

En el marco de la apelación del fallo dictado por la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Antofagasta, que había rechazado el Recurso de Protección interpuesto por una asociación de pueblos atacameños en contra de la Resolución que había aprobado el nuevo Plan Regulador de la comuna de San Pedro de Atacama, la Corte Suprema con fecha 13 de julio de 2011, bajo el rol 258-2011, dictó la Sentencia que revocaba el fallo, y por ende concedía el recurso, consagrando en su considerando 9º que "la Resolución de Calificación Ambiental impugnada, incumple la obligación de fundamentación de los actos administrativos, porque no es fruto de un claro proceso de Consulta en el que se hayan tenido en cuenta las aspiraciones y formas de vidas de las comunidades originarias interesadas. Tal carencia torna ilegal la decisión al faltar a un deber de Consulta que debía acatar la autoridad por imperativo legal, lo que lesiona la garantía de igualdad ante la ley, porque al no aplicarse la Consulta que el convenio dispone, niega trato de iguales a dichas comunidades indígenas, puesto que la omisión implica no igualar para los efectos de resolver."

E.5. El primer giro de la tendencia jurisprudencial. Se eleva el estándar de la Consulta.

El primer giro, a nuestro entender, positivo, de la jurisprudencia que la Corte venía sosteniendo en sus fallos desde el 2010, se produce en el año 2012, cuando procede a revocar dos Resoluciones de Calificación Ambiental de proyectos que habían sido tramitados bajo DIA, en circunstancias que debían ser tramitados bajo un EIA, y por ende, tener un proceso de Participación Ciudadana conforme los estándares del Convenio 169.⁴⁶ No obstante, es preciso indicar que “la tesis de la Corte Suprema de 2010, progresivamente se fue sofisticando durante el año 2011”⁴⁷, principalmente por la incorporación del concepto afectación directa como determinante para analizar la procedencia de la Consulta.

Particularmente el fallo relativo al caso Parque Eólico Chiloé, y la elevación del estándar, “constituye un avance muy importante para el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas y para la implementación del Convenio 169 de la OIT en Chile, ya que se reconoce la obligatoriedad de la Consulta y la

⁴⁶ Estos dos casos se refieren a 1) Corte Suprema Sentencia de fecha 22 de marzo de 2012. Rol 10090-2011. Revoca RCA del proyecto Parque Eólico Chiloé, y 2) Corte Suprema Sentencia de fecha 27 de abril de 2012. Rol 2211-2012. Revoca RCA proyecto minero el Morro.

⁴⁷ CORDERO VEGA: Luis, Op. Cit. P. 76

importancia que tiene ésta para las posibilidades de las comunidades indígenas de influir en las decisiones administrativas que puedan alterar su entorno y condiciones de vida. El reconocimiento de la identidad cultural y la importancia de ésta para el diseño de proyectos y políticas públicas va en la línea que se ha destacado por la jurisprudencia interamericana para la efectiva protección y goce de los derechos cuando los titulares son pueblos indígenas. En la jurisprudencia reseñada no existe solo una incorporación formal del Convenio, sino también sustantiva. Se valoran especialmente los fines de la Consulta y se la reconoce como un instrumento para garantizar la igualdad”⁴⁸.

Lo anterior tuvo un impacto en la autoridad ambiental, quien en el año 2013 procedió a dictar un nuevo reglamento del Sistema de Evaluación Ambiental, el cual, como analizaremos más adelante, incluye un procedimiento especial para realizar la Consulta Indígena, separándola de la PAC.

⁴⁸ NASH, Claudio y otros (2014): “Derechos Humanos y pueblos indígenas en Chile. Análisis jurisprudencial para procesos de Consulta en el marco del Convenio 169 e la OIT”. Santiago, Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Chile. [Consulta 1 de diciembre de 2017, <http://repositorio.uchile.cl/handle/2250/142688>].

E.6. Segundo giro: el retroceso inexplicable.

Luego de la señal anterior, que se fue plasmando en otros fallos del año 2013, en conjunto con el reforzamiento de la afectación directa como elemento esencial de la procedencia de la Consulta, ocurre un hecho casi inexplicable, y es la referencia que hace la Corte Suprema al tan criticado DS 124, el cual por cierto a esa fecha ya se encontraba derogado por el Decreto Supremo 66 del Ministerio de Desarrollo Social⁴⁹, y que revisaremos en una etapa ulterior. La referencia llama la atención, ya que nunca consideró en sus pronunciamientos a dicho Decreto, y es más, de su jurisprudencia podemos concluir que tenía una postura diametralmente opuesta, comenzando por el hecho de que la Corte consideraba a la RCA como un acto administrativo como una medida administrativa consultable, mensaje que el Ejecutivo ya había incorporado, dictando una regulación específica en materia de evaluación ambiental y derogando el comentado decreto y dictando uno nuevo en su reemplazo.

Bajo el Rol 1515-2014, la Corte Suprema debe conocer de la apelación que había concedido un Recurso de Protección, revocando un decreto de la Secretaría Regional Ministerial de Obras Públicas de la Región de los Ríos, en

⁴⁹ Reglamento que regula procedimiento de Consulta Indígena aprobado por el Decreto Supremo N° 66, de 15 de noviembre de 2013, del Ministerio de Desarrollo Social. Enlace: <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1059961>.

cuanto éste ordenaba se realizara un estudio para la implementación de un proyecto de agua potable rural en territorio mapuche, realizando un proceso de Consulta que, para los recurrentes, era absolutamente insuficiente. Así, con fecha 22 de abril de 2014, la Tercera Sala, sin explayarse en demasía, revoca el fallo de la Corte de Apelaciones de Valdivia, indicando que el decreto dictado por el Ministerio de Obras Públicas no vulneraba garantía alguna, dado que había considerado un proceso de Consulta que se apegaba a lo dispuesto en el DS 124.

Luego, en el marco de la apelación del Recurso rechazado en primera instancia, y que buscaba impugnar la RCA de la Central Hidroeléctrica Neltume⁵⁰, la Corte vuelve a remitirse a la potestad reglamentaria, señalando que el proceso de Consulta en este caso había dado cumplimiento a lo dispuesto en el DS 66. En este caso el asombro fue menor y dentro de todo positivo, dado que ese decreto estaba redactado con el claro objetivo de apegarse a los estándares internacionales y así dar cumplimiento del Convenio.

⁵⁰ Corte Suprema Sentencia de fecha 03 de septiembre de 2014. Rol 12450-2014. Central Hidroeléctrica Neltume.

E.7. Se profundiza en la idea del objetivo de la Consulta: No puede ser un derecho a veto.

En el fallo anteriormente citado (Rol. 12450-2014), la Corte hace un exhaustivo análisis del contenido de la Consulta y su objetivo. Para ello, en su considerando 10º cita al Tribunal Constitucional, a fin de consagrar la idea de que la finalidad de las Consultas es la de llegar a un acuerdo acerca de las medidas propuestas, lo cual no importa una negociación obligatoria, sino que constituye una forma de recabar opinión, misma que no resultará vinculante.⁵¹ Luego, cita a la propia OIT, organismo que en el Manual para los Mandantes Tripartito del año 2013, en su sección 2 sobre Consulta y participación expresa que: "como lo estipula el Artículo 6 (2), las Consultas deberán efectuarse de buena fe y con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas. En este sentido, el Convenio 169 no proporciona un derecho a veto a los pueblos indígenas, ya que alcanzar un acuerdo o lograr el consentimiento es el propósito al iniciar el proceso de Consulta, y no un requisito independiente".⁵²

⁵¹ Sentencia Rol 1050-2008.

⁵² ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (2013): Comprender el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169): Manual para los mandantes tripartitos de la OIT. Op.Cit.

E.8. El recurso de protección no es un mecanismo para subsanar vicios de procedimiento en materia de Consulta. Llamado a recurrir ante los Tribunales Ambientales.

Finalmente, en el año 2014, con ocasión de la dictación de dos fallos, refuerza y robustece una idea que ya venía esbozando desde el año 2011, y que guarda relación con que no puede ser un recurso de protección el mecanismo de impugnación de una RCA, ya que la nueva institucionalidad Ambiental en materia contenciosa, vigente en Chile desde el año 2013, es ante quien deben ventilarse estas cuestiones.

La idea de que los Tribunales Ambientales deben ser los llamados a resolver los conflictos de las calificaciones ambientales, o eventualmente el Comité de Ministros⁵³, se refuerza en el fallo dictado con fecha 11 de marzo de 2015, Rol 27923-2014, ya que rechaza un recurso de protección que pretendía impugnar

⁵³ “De conformidad a lo dispuesto en la Ley N° 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente, el Comité de Ministros está integrado por el Ministro del Medio Ambiente, que lo preside, y los Ministros de Salud; de Economía, Fomento y Turismo; de Agricultura; de Energía y de Minería. Su función es conocer y resolver los recursos de reclamación que se presenten en contra de las resoluciones que rechacen o establezcan condiciones o exigencias a un Estudio de Impacto Ambiental, en conformidad al artículo 20 de la Ley N° 19.300; las reclamaciones en contra de las resoluciones que realicen la revisión de una Resolución de Calificación Ambiental, de acuerdo al artículo 25 quinquies de la Ley N° 19.300; así como los recursos de reclamación presentados por las personas que hubieren formulado observaciones al Estudio de Impacto Ambiental y que estimaren que sus observaciones no han sido consideradas, en conformidad al artículo 29 de la Ley N° 19.300.” Información disponible en sitio web oficial del Servicio de Evaluación Ambiental, Enlace: www.sea.gob.cl.

una RCA (caso subestación eléctrica Neptuno), por considerar que ésta en sí misma no vulneraba garantía alguna.

Nos atrevemos a señalar que esto puede ser entendido como una suerte de retirada, si lo miramos en relación al rol subsanador de los vicios del procedimiento administrativo que asumió durante largo tiempo. Al parecer, la regulación del Ejecutivo, sumado a la entrada en vigencia de las nuevas autoridades citadas, generarían un escenario propicio para que cese el conflicto y para que la autoridad ambiental retome su rol, y así, la Corte Suprema descansa un poco del rol activista que le ha tocado desempeñar en materia de derecho administrativo procedimental ambiental.⁵⁴

La excepción, sería que efectivamente exista una vulneración de garantías constitucionales, como se observa en el pronunciamiento que hace con fecha 07 de octubre de 2014, cuando en la causa Rol 11299-2014, en relación al proyecto El Morro, revoca por segunda vez su resolución de calificación ambiental, por estar dictada sobre la base de un procedimiento de Consulta inconcluso, lo cual vulneraba la garantía de igualdad ante la ley. Pero fuera de estos casos, la Corte no debe ser invocada. En esta línea, muy controvertido resultó el fallo dictado con fecha 30 de enero de 2017, bajo el Rol 65349-2016,

⁵⁴ Ver CORDERO VEGA, Luis. Op. Cit. P.82.

caso Terminal GNL Penco-Lirquén⁵⁵, en donde el máximo Tribunal de Alzada revocó el fallo de primera instancia, retrotrayendo la evaluación ambiental que ya contaba con RCA favorable, hasta la realización de la Consulta Indígena, dado que ésta, había sido terminada de manera anticipada y unilateralmente por la autoridad ambiental, lo que afectaba la garantía constitucional de igualdad ante la ley, ordenando que la Consulta sea realizada conforme lo exige el Convenio 169. Lo impugnado fue la resolución administrativa que había dado por terminada la Consulta, y no la RCA posterior. A contrario de lo que podría pensarse, este último fallo no es un retroceso, sino que la confirmación de la tesis anterior, que nosotros respaldamos, y que se traduce básicamente en que los conflictos que se susciten en el marco de la evaluación ambiental, y especialmente respecto de la Consulta, deben resolverse en la sede contencioso administrativo ambiental. Pero, si el conflicto se deriva de una errónea aplicación de la ley, y que efectivamente vulnera garantías constitucionales, como lo es el término anticipado, injustificado y unilateral de un proceso de Consulta, el recurso de protección sí será la vía para impugnar una decisión administrativa, porque en este caso lo que está en juego es algo más importante, y que son los derechos constitucionales, y no es una discusión sobre los aspectos técnicos del proyecto o de su evaluación ambiental. En otras

⁵⁵ Corte Suprema Sentencia de fecha 30 de enero de 2017. 65.349-2016. Terminal GNL Penco-Lirquén.

palabras, y en materia de Consulta, es la Corte la que está velando por el estándar, ya que en relación a ésta se han resuelto y reglado las mayoría de los aspectos que en algún momento causaron controversia. La Consulta es un procedimiento, con un fin claro y que debe ser respetado.

CAPÍTULO II

LA SOLUCIÓN PÚBLICA TRAS LA JUDICIALIZACIÓN

Revisada la jurisprudencia de la Corte Suprema, y sin perjuicio de los cambios de postura o criterio que en ocasiones se pueden observar, propios por cierto de estar compuestas por salas, las que a su vez son integradas por distintos miembros, es preciso concluir que ésta “aplicó en el caso del Convenio 169 la misma metodología de otros casos ambientales, es decir, lo importante son para los ojos del derecho administrativo el procedimiento para decidir. Si éste está sano, el acto que emana de él también”.⁵⁶ En razón de ello, cabe hacerse la pregunta si el Ejecutivo entendió este mensaje en cuanto a su obligación de saneamiento, y si la solución pública que dio a este conflicto, y que sigue dando, es la adecuada, o al menos, va en la línea esperada.

Evidentemente, y como hemos revisado, en un principio el Ejecutivo tendió a eludir el cumplimiento general de la Consulta. En lo que respecta a su rol de autoridad ambiental, conforme los argumentos de defensa que esgrimía en el marco de los recursos de protección que se deducían en contra de la evaluación de proyectos ambientales, aducía en primer término a que el recurso de protección debería ser declarado inadmisibles ya que su fallo implica

⁵⁶ CORDERO VEGA, Luis. Op. Cit. p. 85

necesariamente consideraciones técnicas que no pueden resolverse en sede proteccional⁵⁷. A su vez, afirmaba que la RCA no es una medida administrativa (conforme las disposiciones del DS124), y que la Consulta ya estaba integrada en el procedimiento de evaluación ambiental, como participación y en la medida que el proyecto genere alguna de las hipótesis descritas en el artículo 11º de la LBGMA. En conclusión, si el proyecto se tramitaba a través de una DIA, no correspondía celebrar Consulta. A medida que el DS 124 se deslegitima y que la jurisprudencia de nuestra suprema Corte avanza, la autoridad ambiental centra su defensa en que la Consulta sólo procede cuando el proyecto ingresa vía Estudio y en la medida que exista una afectación directa.

La autoridad ambiental, que durante todo este proceso experimentó importantes cambios en relación a su institucionalidad, la cual se vio reforzada⁵⁸, fue golpeada duramente por este conflicto, principalmente porque fueron ventiladas abiertamente sus deficiencias administrativas, y también porque a consecuencia de ello, se deslegitimaban sus pronunciamientos técnicos, quedando al desnudo carencias serias en la regulación y en el diseño de las instituciones, y de cómo se interactuaba con otros organismos.

⁵⁷ Ver Corte Suprema Sentencia de fecha 17 de mayo de 2010. Rol 1525-2010, y Sentencia de fecha 14 de octubre de 2010. Rol 4078-2010.

⁵⁸ Mediante la Ley N° 20.417, Se crea el Ministerio del Medio Ambiente y La Superintendencia de Medio Ambiente, junto con modernizar los procedimientos de evaluación ambiental. Mediante la Ley N° 20.600 se crean los Tribunales Ambientales.

En defensa de la autoridad ambiental, cabe precisar que parte del problema procedimental está dado por la naturaleza de la evaluación ambiental en extremo compleja y aglutinadora de pronunciamientos de diversos organismos, todo lo cual aumenta el riesgo de error. Recordemos que el Servicio de Evaluación de Impacto Ambiental (SEA), antes Comisión Nacional de Medio Ambiente (CONAMA), es un ente coordinador del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA) que a su vez es un procedimiento técnico administrativo, caracterizado por ser una especie de ventanilla única para la obtención de autorizaciones de índole ambiental. Ello significa que cada uno de los órganos de la administración del Estado que tiene competencia en la protección del medio ambiente, o en alguno de sus componentes, participa en la evaluación y emite fundadamente su opinión en dicho procedimiento. De este modo, el proponente o titular, en una sola instancia administrativa, obtiene la calificación ambiental de su proyecto, no existiendo otras oportunidades administrativas para resolver sobre materias ambientales aplicables a su proyecto o actividad.⁵⁹ Conforme ello, la posibilidad que la Consulta Indígena se ejecutara se manera exitosa en un procedimiento tan complejo, sin directriz alguna, eran mínimas, y por ello la necesidad de incorporarla debidamente, a fin

⁵⁹ COMISIÓN ASESORA PRESIDENCIAL PARA LA EVALUACIÓN DEL SEIA (2016), "Informe final". [Consulta 1 de diciembre de 2017, http://portal.mma.gob.cl/wp-content/doc/35877_Informe-MMAF_FINAL.pdf]. P.58

que ésta única instancia de evaluación y su respectiva resolución estuviera validada, y no conllevara un vicio de impugnación.

No obstante lo anterior, hubo muchas interpretaciones de la razón del fenómeno de judicialización, distintas a la expuesta, las que contribuyeron a sentar un halo de incertidumbre jurídica con importantes impactos económicos y sociales. Es decir: había que ofrecer y ejecutar una solución pública; dar una señal a todos los involucrados. Esta solución la ofreció el Ejecutivo a través de su potestad reglamentaria, aunque tal vez no comprendiendo aun cuál era realmente la fuente del conflicto.

A. EL BLOQUE REGLAMENTARIO DEL EJECUTIVO PARA REALIZAR LA CONSULTA EN EL MARCO DEL SEIA.

La solución, se tradujo en generar un bloque reglamentario compuesto por dos reglamentos que regulan la Consulta Indígena: uno específico a la evaluación ambiental, y que la incorpora dentro de su procedimiento, y uno general, que aun cuando fue dictado con posterioridad al específico, añadió exigencias a lo ya reglado por el primero. A nuestro entender, el denominado bloque, se compone además de la Ley Indígena chilena, del propio Convenio 169 (que

conforme el TC tiene rango de ley), y actualmente de un instructivo dictado por el en el año 2016, y que revisaremos más adelante.

Sin adentrarnos aún en el análisis específico de estos textos, pasaremos a individualizar cada uno de estos reglamentos, con una breve mención al contexto en el cual fueron dictados.

A.1. El Nuevo Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental: Decreto N°40, del Ministerio de Medio Ambiente, de 30 de octubre de 2012.

Efectivamente el Gobierno de Chile hizo eco del llamado y recomendaciones que no solo hacía la Corte Suprema, sino que también otros actores relevantes tanto a nivel nacional como internacional,⁶⁰ recomendaciones todas, que en conjunto con el Convenio 169, permitieron ir definiendo cuál debe ser el estándar internacional que Chile debe alcanzar. Para lo anterior, y considerando

⁶⁰ Al respecto se debe tener en cuenta el informe que emitió James Anaya sobre la situación de los pueblos indígenas en Chile en el documento del mismo nombre Apéndice A: “Principios internacionales aplicables a la Consulta en relación con la reforma constitucional en materia de derechos de los pueblos indígenas en Chile”. Abril, 2009. pp.31 a 53, como asimismo el documento elaborado por el INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS: denominado “El deber de Consulta previa en la propuesta de Reglamento del Sistema de Evaluación Ambiental”. Minuta aprobada por el Consejo del INDH el 13 de mayo de 2013, Sesión Extraordinaria 152., y las recomendaciones generales que ha emitido la propia OIT, a través de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo (CEACR). Incluso la Corte Interamericana de Derechos Humanos en sus diversos fallos sobre esta materia, también ha planteado desafíos que Chile debe oír. Todos estos documentos, junto a otras recomendaciones, como las efectuadas por la OEA, han servido para definir qué entendemos por estándar internacional en materia de Consulta Indígena.

que gran parte de la controversia en torno al procedimiento al cual debía ceñirse la Consulta Indígena, se había dado en el marco de la evaluación de proyectos con impacto ambiental, el Servicio de Evaluación Ambiental (SEA) aprovechó la oportunidad que le daba la obligación legal que tenía de dictar el nuevo Reglamento al Sistema de Evaluación Ambiental, en razón de la modificación efectuada a la LBGMA, en el contexto de la implementación de la nueva institucionalidad ambiental del año 2010, para incluir una regulación expresa de la Consulta Indígena.

Así las cosas, y luego de un cuestionado proceso de Consulta Indígena, el texto definitivo de este reglamento fue aprobado con fecha 28 de mayo de 2012 por el Consejo de Ministros para la Sustentabilidad, conforme las facultades que al respecto le otorga la LBGMA, siendo promulgado el Reglamento mediante la dictación del Decreto Supremo N° 40 del Ministerio de Medio Ambiente, de 30 de octubre de 2012, (en adelante DS 40), el cual, luego de la toma de razón de Contraloría, fue publicado en el Diario Oficial el 12 de agosto de 2013, entrando en vigencia el 24 de diciembre de 2013.

No fue fácil para el Ejecutivo sacar adelante este reglamento. Hubo un requerimiento ante la Contraloría General de la República para que éste fuese rechazado, porque a juicio de los denunciantes, no habría contado con un

procedimiento de Consulta para su formulación, en circunstancias que el gobierno si acreditó haber promovido diversas instancias de diálogo y Consulta para incluir en el texto de este nuevo reglamento el sentir de las comunidades indígenas de nuestro país⁶¹. Asimismo, y bajo los mismo argumentos, fue objeto de la interposición de dos recursos de protección interpuestos ante la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago, bajo los roles 19.995 de 2012 y 107.015 de 2013⁶², los que no prosperaron en su tramitación por defectos de forma, no existiendo fallos concluyentes respecto de ambos. Por su parte el proceso de toma de razón de la Contraloría tampoco fue sencillo, ya que estuvo en revisión por varios meses, y hubo que introducir algunas modificaciones a su texto para que naciese a la vida del derecho.

Sin embargo, los anteriores no fueron los escollos más complejos que le tocó sortear, ya que con fecha 11 de septiembre de 2013 un grupo de Diputados de

⁶¹ Con ocasión de la tramitación del Nuevo Reglamento del Sistema de Evaluación Ambiental, aprobado mediante Decreto Supremo N° 40, de 30 de octubre de 2012, se presentó ante la CGR un reclamo de ilegalidad argumentado en que el citado decreto no habría contado con el proceso de Consulta Indígena exigido por el Convenio 169. Al respecto, mediante dictamen 29.403 de 13 de mayo de 2013, el organismo contralor señaló se dicho decreto se encontraba actualmente en trámite en la entidad fiscalizadora para efectos de su examen preventivo de juridicidad, conforme a lo establecido en el artículo 99 de la Constitución Política de la República, diligencia en la que serían consideradas las observaciones planteadas por los peticionarios. Considerando que la CGR tomó finalmente razón del decreto, vemos que tácitamente rechazó la petición en comento, y por ende, consideró que la tramitación del nuevo reglamento sí contó con un proceso de Consulta Indígena. Texto del dictamen disponible en sitio web oficial de la Contraloría General de la República, Enlace: <https://www.contraloria.cl/portalweb/web/cgr/portada#inicio>

⁶² Texto de dichos fallos disponible en sitio web oficial del Poder Judicial, Enlace: <http://corte.poderjudicial.cl/SITCORTEPORWEB/>.

la República presentó un requerimiento de inconstitucionalidad del DS 40 ante el Tribunal Constitucional, por estimar que su texto era contrario a la Constitución por dos aspectos, siendo uno de ellos el hecho que la regulación que daba este documento a la Consulta Indígena en sus artículos 85 y 86 , vulneraba tanto la garantía constitucional de igualdad ante la ley como la garantía constitucional de reserva legal en materia de regulación de los derechos fundamentales⁶³. El escrito exponía sendas críticas al reglamento, las que básicamente se pueden resumir en que la Consulta carecía de procedimiento y era de aplicación restringida, lo que la convertía en insuficiente, hechos todos que impedían el ejercicio de un derecho consagrado en un tratado internacional cuyo contenido es de derechos humanos, no obstante reconocen que éste tiene rango de ley.

Con fecha 30 de septiembre de 2013, y bajo el Rol 2523-2013⁶⁴, el Tribunal Constitucional declara inadmisibile el requerimiento. Siguiendo sus pronunciamientos previos⁶⁵, considera que el Convenio 169 es infraconstitucional y por ende, tiene rango de ley. Siendo así, lo que habría en la

⁶³ Dichas garantías se encuentran reguladas en el Artículo 19 de la Constitución Política de la República de Chile numerales 2 y 26, respectivamente.

⁶⁴ Causa Rol 2523-2013, de fecha 30 de septiembre de 2013. Disponible en sitio web oficial del Tribunal Constitucional. Enlace: <http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/expedientes>

⁶⁵ Ver Sentencias del Tribunal Constitucional, Roles 2387-2013 y 2388-2013.

práctica no es un conflicto constitucional, sino que de legalidad, hecho que le impide pronunciarse. A mayor abundamiento, en su considerando 18º dispone “El Tribunal puede enjuiciar que un reglamento exceda o contravenga la ley. Pero no puede declarar que la regulación es inconstitucional por ser insuficiente. La potestad reglamentaria de ejecución está radicada en el Presidente de la República por mandato constitucional. Corresponde a esta autoridad definir la manera de complementar o desarrollar una ley”.

Con este antecedente el reglamento nace a la vida del derecho, pero como veremos a más adelante, no fue ésta la parte más importante del fallo del TC.

A.2. Decreto Supremo N° 66, de 15 de noviembre de 2013, del Ministerio de Desarrollo Social: Aprueba Reglamento que regula el Procedimiento de Consulta Indígena en virtud del Artículo 6 N° 1 Letra A) y N° 2 del Convenio N° 169.

No obstante los esfuerzos que se hacían desde el Ministerio de Medio Ambiente, el Ministerio de Desarrollo Social, a contar del año 2011, adoptó una actitud proactiva en orden a intentar generar una regulación general acorde a los estándares internacionales de la Consulta del Convenio 169, lo que necesariamente significaba abrir un proceso de diálogo con las comunidades

indígenas de Chile para consensuar un nuevo texto y derogar el DS N° 124. Este proceso guiado por una mesa de consenso, finalizó con la dictación del Decreto Supremo N° 66, en adelante DS N°66, que aprueba un nuevo reglamento que regula el procedimiento de Consulta Indígena, y que entró en vigencia el día 4 de marzo de 2014.

Si bien este reglamento también fue objeto de una reclamación ante la Contraloría⁶⁶, su entrada en vigencia fue mucho más pacífica que la del DS 40. Como se observa, este Reglamento entró en vigencia con posterioridad al Reglamento del SEIA, y no obstante había sido decisión del Ejecutivo separar los procedimientos, igualmente estableció en su artículo 8°, una mención especial a las medidas que califican proyectos o actividades que ingresan al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, existiendo por tanto una interacción directa y expresa entre ambos, que estudiaremos más adelante.

⁶⁶ El Diputado de la República de Chile, Sr. Hugo Gutiérrez Gálvez, con fecha 14 de enero de 2014, presentó un reclamo de ilegalidad en contra del DS N° 66 ante la Contraloría General de la República (CGR), a fin que este organismo no tome razón del citado documento, por considerar que éste se oponía flagrantemente a las disposiciones del Convenio 169. Al respecto, mediante dictamen 9693-2014 de fecha 7 de febrero de 2014, el organismo contralor señaló que “sobre el particular, se cumple con señalar que el aludido acto administrativo se encuentra actualmente en trámite en esta Entidad Fiscalizadora, para efectos de su examen preventivo de juridicidad, conforme a lo prescrito en el artículo 99 de la Constitución Política de la República, diligencia en la que serán consideradas las observaciones planteadas por el parlamentario requirente”. Considerando que el mencionado Decreto fue tomado de razón por la Contraloría, sin efectuar alcances sobre estos temas, y publicado en el Diario Oficial con fecha 4 de marzo de 2014, entendemos que su requerimiento fue desechado.

B. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: LA CONSULTA REQUIERE DE UNA REGULACIÓN VÍA LEY.

Como revisamos, bajo el Rol 2523-2010, el TC se pronunció sobre un requerimiento de constitucionalidad del DS 40, el cual fue desechado. No obstante, lo más llamativo de este pronunciamiento estaba por venir, ya que en el capítulo IV y final de su fallo, el Tribunal hace una consideración final, en orden a reiterar la interpelación que ya había hecho al poder legislativo⁶⁷: “Es el legislador quien debe definir las autoridades u organismos representativos de las etnias originarias con derecho a participar en la Consulta; la oportunidad y forma de participación en los procesos legislativos pertinentes, de modo libre, informado y no coaccionado, además de fijar el procedimiento.”⁶⁸ Es decir, sumada a la conclusión que se había ya realizado en orden a que la autoejecutabilidad del artículo 6 del Convenio 169 tiene un matiz en Chile, consistente en que, sin perjuicio de su incorporación inmediata al derecho

⁶⁷ Debemos señalar que en Sentencia dictada con fecha 23 de enero de 2013, y con ocasión de pronunciarse sobre dos requerimientos presentados para que se declare la inconstitucionalidad de ciertas disposiciones del proyecto de Ley General de Pesca y Acuicultura, boletín N° 8091-21, y tramitados en conjunto bajo el Rol 2388-12, y en lo que guarda relación con la ausencia de procedimiento de Consulta Indígena en la tramitación de dicho proyecto, el Tribunal precisa, y en cierto modo modifica sus pronunciamientos previos en relación a que el Artículo 6 del Convenio 169 es autoejecutable, en el sentido que “la autoejecutabilidad de un tratado internacional no obsta al desarrollo legislativo del mismo, sino que, por el contrario lo impele”. (Considerando 23°).

⁶⁸ Considerando 23° de la Sentencia dictada bajo el Rol 2388-2013, y 22° de la Sentencia dictada bajo el Rol 2523-2013, ambas disponibles en sitio web oficial del Tribunal Constitucional. Enlace: <http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/expedientes>.

interno, debe ir aparejado de un desarrollo legislativo que lo circunscriba, lo anterior sorprende, porque el Tribunal no suele emitir pronunciamientos especiales en sus fallos, sobre todo cuando ha declarado no tener la facultad legal para decidir respecto de la materia sometida a su conocimiento. En este caso su móvil es que, si bien no puede pronunciarse, a través de la exhortación que hace a los parlamentarios, pareciera estar indicando que a su juicio la Consulta no puede ser reglamentada a través de la potestad reglamentaria, sino que debe hacerse por ley. A nuestro juicio, éste es un mensaje no menor, y que hace tambalear la solución pública del Ejecutivo antes que comenzara a regir, no obstante a la fecha, nadie la ha considerado.

CAPÍTULO III

SITUACIÓN ACTUAL DE LA CONSULTA EN CHILE EN LOS PROCESOS DE EVALUACIÓN AMBIENTAL. ¿SE CUMPLE CON EL ESTÁNDAR INTERNACIONAL DEL CONVENIO 169?.

Hemos revisado el Convenio 169 en relación a la Consulta Indígena y su implementación en Chile en el marco de la evaluación de proyectos con impacto ambiental, dado que fue en este contexto en donde se gestó el proceso de judicialización de proyectos de inversión, con las consecuencias negativas ya reseñadas.

Asimismo, concluimos que frente al fenómeno de judicialización, el Ejecutivo, particularmente a través de la autoridad ambiental, finalmente no se mantuvo al margen, incorporando de manera expresa una regulación de la Consulta Indígena incorporándola dentro del SEIA. De esta forma, ahora nos corresponde analizar si el contenido de esta solución pública es suficiente conforme los estándares internacionales que la OIT ha exigido respecto del cumplimiento del Convenio 169. Luego, estudiaremos cómo han interactuado a este respecto los Tribunales Ambientales, la Contraloría General de la República, y cuál es la nueva propuesta del gobierno, porque en resumen, el debate en torno a la Consulta no parece acabar.

A. ANÁLISIS CRÍTICO DEL ACTUAL BLOQUE REGLAMENTARIO.

Si bien nuestro grado de cumplimiento respecto del Convenio es infinitamente superior al existente en el año 2009, el Reglamento del SEIA no es suficiente y adolece de muchas falencias normativas, corriendo incluso el riesgo de constituirse como un foco de conflicto aun mayor que el que existía cuando no había regulación, hecho que no se ha producido a nuestro juicio por tres razones: (i) por la entrada en vigencia de los Tribunales Ambientales como contencioso administrativo ambiental, cuya ley establece qué situaciones son susceptibles de reclamación, y por ende la vía administrativa no se agota con la dictación de la RCA; (ii) por la postura, o advertencia, adoptada por la Corte Suprema en relación a la improcedencia de los recursos de protección como mecanismo de revisión de actos administrativos ambientales; y (iii) porque el DS 66 ayudó a complementar el procedimiento, haciendo que el propio SEA dicte un instructivo⁶⁹ que básicamente refunde ambos textos y subsana parte de sus falencias, pero que no tiene la jerarquía de un reglamento, de manera que goza de alto grado de inestabilidad.

⁶⁹ Instructivo sobre implementación del proceso de Consulta a pueblos indígenas en conformidad con el Convenio N° 169 de la OIT en el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, aprobado por Oficio Ordinario N° 161.116 de 24 de agosto de 2016, dictado por el Director Ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental. Texto disponible en sitio web oficial del SEA, Enlace: <http://www.sea.gob.cl/documentacion/instructivos-para-evaluacion-impacto-ambiental>.

Los aspectos débiles de la actual reglamentación del proceso de Consulta a pueblos indígenas, en adelante PCI, son:

- (I) El Reglamento del SEIA no establece un procedimiento ni etapas que deben verificarse, como asimismo tampoco consagra los principios o mínimos del PCI.
- (II) El Reglamento persiste en el error de considerar a la Consulta como un mecanismo de participación, y no como un procedimiento diferente y especialísimo⁷⁰. Aun cuando el Artículo 85⁷¹, que se refiere en exclusivo a la Consulta, señala que el objetivo de ésta es llegar a un acuerdo o lograr

⁷⁰ El DS 40 regula la Consulta en el artículo 85°, dentro del título V denominado “De la participación de la comunidad en el proceso de evaluación ambiental”, el que a su vez señala en el artículo 82° que la participación ciudadana comprende los derechos a acceder y conocer el expediente físico o electrónico de la evaluación, formular observaciones y obtener respuesta fundada de ellas.

⁷¹ Artículo 85.- Consulta a Pueblos Indígenas. Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 83 de este Reglamento, en el caso que el proyecto o actividad genere o presente alguno de los efectos, características o circunstancias indicados en los artículos 7, 8 y 10 de este Reglamento, en la medida que se afecte directamente a uno o más grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas, el Servicio deberá, de conformidad al inciso segundo del artículo 4 de la Ley, diseñar y desarrollar un proceso de Consulta de buena fe, que contemple mecanismos apropiados según las características socioculturales propias de cada pueblo y a través de sus instituciones representativas, de modo que puedan participar de manera informada y tengan la posibilidad de influir durante el proceso de evaluación ambiental. De igual manera, el Servicio establecerá los mecanismos para que estos grupos participen durante el proceso de evaluación de las aclaraciones, rectificaciones y/o ampliaciones de que pudiese ser objeto el Estudio de Impacto Ambiental.

En el proceso de Consulta a que se refiere el inciso anterior, participarán los pueblos indígenas afectados de manera exclusiva y deberá efectuarse con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento. No obstante, el no alcanzar dicha finalidad no implica la afectación del derecho a la Consulta.

En caso que no exista constancia que un individuo tenga la calidad de indígena conforme a la ley N° 19.253, deberá acreditar dicha calidad según lo dispuesto en la normativa vigente.

el consentimiento, el no contar con un procedimiento reglado, genera mucha incertidumbre para todas las partes.

- (III) El Reglamento sólo permite la procedencia de la Consulta respecto de Estudios de Impacto Ambiental, dado que equipara el concepto de afectación directa con el de impacto ambiental que establece el artículo 11 de la LBGMA, dejando fuera de cualquier tipo de PCI a los proyectos que ingresan a través de una DIA. Luego, no procede Consulta respecto de todas esas causales, sino que solo de tres, y que son las consideradas en los Artículos 7, 8 y 9 del Reglamento⁷².

Los mencionados puntos débiles han sido en gran parte subsanados mediante la aplicación al procedimiento del DS 66 y del Instructivo del SEA. Lo anterior permite que el PCI se estructure conforme los estándares internacionales y que el SEA se constituya como el órgano responsable del proceso, no sólo desde el punto de vista procedimental, sino que también desde la información permanente que debe entregar a los participantes, tanto respecto del proyecto mismo, como de su rol y responsabilidad. En esta línea, el SEA en su instructivo

⁷² Provocará el reasentamiento de comunidades humanas o alteración significativa de los sistemas de vida y costumbres de grupos humanos; (ii) Se localiza en o estará próxima a poblaciones, recursos y áreas protegidas, sitios prioritarios para la conservación, humedales protegidos y glaciares, susceptibles de ser afectados, así como el valor ambiental del territorio en que se pretende emplazar; y (iii) Provoca alteración del patrimonio cultural.

se ha abierto a considerar la procedencia de la Consulta respecto de otras causales del artículo 11 de la LBGMA, y no solo de las tres que señala el Reglamento, y por tanto se amplía a: (i) Riesgo para la salud de la población; (ii) Efectos adversos significativos sobre la cantidad o calidad de recursos naturales renovables; y (iii) Alteración significativa del valor paisajístico o turístico de una zona. No obstante, siguen quedando excluidas las DIA.

Asimismo, la interacción de estos instrumentos, permite afirmar que copulativamente con los impactos significativos, debe existir afectación directa incluso considerada desde la eventualidad de que se produzca, es decir, que sea susceptible de afectación directa. Para ello, el instructivo, en su punto 2.2.3., orienta acerca de cómo se manifestaría la afectación en cada caso, lo que a nuestro juicio es solo una referencia.

En cuanto al procedimiento, si bien es cierto que las etapas pueden gozar de grados de flexibilidad, ello no puede alejarlas del objetivo y de los principios que la inspiran. Es difícil entender las razones que se tuvieron para no incluir esto directamente en el Reglamento del SEIA, ya que la existencia de un procedimiento reglado que dé estructura al proceso, obra en beneficio directo del SEA, dado que la carga de la prueba frente a conflictos siempre recaerá en él, de manera que debe tener medios probatorios que respalden su actuar.

Como observamos en el estudio de la jurisprudencia de la Corte Suprema, la autoridad ambiental siempre caía en contradicciones y dificultades para justificar este punto, siendo un claro ejemplo lo que ocurrió en el llamado caso proyecto El Morro (Sentencia de fecha 07 de octubre de 2014, Rol. 11299-2014), en donde la Corte revoca por segunda vez la RCA del proyecto al considerar que había una Consulta inconclusa.

De esta manera, y a modo de respuesta a nuestra interrogante, si bien hemos manifestado los errores que observamos contiene el Reglamento, también hemos visto que existe la voluntad de subsanarlos, y en esa línea se han observado acciones de la autoridad. Si bien el instructivo no es un reglamento, no puede desconocerse que contiene una manifestación de voluntad del órgano público en orden a respetar ciertas reglas y principios, lo que por cierto, al estar consagrado en un acto administrativo público, es exigible.

Desde ese prisma, nos permitimos concluir que el bloque normativo que regula la Consulta Indígena en materia de evaluación ambiental, aunque perfectible, es suficiente para dar cumplimiento al estándar del Convenio 169 a lo menos lo que consagra el papel, ya que el éxito del procedimiento estará dado por la rigurosidad con que la autoridad ambiental lidere este proceso, a fin de evitar los focos de conflicto propios de la naturaleza del procedimiento administrativo

integrado que posee el SEIA. Por muy banal que parezca, lo anterior requiere no solo de recursos humanos y técnicos, sino que también económicos que resultan imperiosos, dado que no será justificación para el incumplimiento la falta de estos.

Con la regulación de la Consulta, se elimina un fantasma que rondó los proyectos ambientales por muchos años. Se comienza el proceso de recuperación de las confianzas dañadas en el sistema.

Siguiendo al profesor Luis Cordero, en líneas precedentes afirmamos que la suerte de elusión de la autoridad ambiental respecto de la aplicación de la Consulta en el SEIA, o su aplicación restrictiva, se produjo tanto por lo complejo del sistema en sí mismo, como por la reforma legal que imponía la aplicación del Convenio en todos los instrumentos de la gestión ambiental. Luego, y en esta etapa de nuestro estudio, podemos afirmar que la existencia de una reglamentación, sí va a ayudar a descomprimir el sistema, y creemos que así se ha podido ver hasta el momento, a pesar de las críticas de las comunidades indígenas, que aun consideran que es insuficiente, y que no hubo Consulta de la reglamentación de la Consulta.

B. LOS TRIBUNALES AMBIENTALES.

En la última etapa que pudimos revisar de la jurisprudencia de la Corte Suprema, vimos que citó que los Tribunales Ambientales eran los llamados a resolver los conflictos suscitados en el marco de la evaluación ambiental. Ello, por cuanto en el marco de la reforma institucional ambiental, el 18 de junio de 2012 se promulgó la Ley 20.600⁷³ que creó los Tribunales Ambientales.

La Ley contempla tres Tribunales Ambientales en Chile, cuya competencia territorial estará dividida en la zona norte- Primer Tribunal Ambiental de Antofagasta, zona centro – Segundo Tribunal Ambiental de Santiago, y zona sur - Tercer Tribunal Ambiental de Valdivia), y cuyas funciones serán, conforme lo señala el artículo 1º, resolver las controversias medioambientales de su competencia y ocuparse de los demás asuntos que la ley somete a su conocimiento. El proceso de instalación lo ha iniciado el Segundo Tribunal Ambiental de Santiago el día 4 de marzo de 2013, seguido por el Tercero de Valdivia el día 9 de diciembre de 2013, y estando aun pendiente la instalación del Primer Tribunal de Antofagasta, que debió comenzar en el mes de junio de 2013.

⁷³ Ley N° 20.600: Que crea los Tribunales Ambientales. Texto disponible en enlace: <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1041361>

Lamentablemente, en lo que respecta a la impugnación de resoluciones de calificación ambiental por carecer de un proceso de Consulta Indígena, los Tribunales vigentes, no han podido a la fecha pronunciarse formalmente del procedimiento actual, ya que las reclamaciones poseen defectos formales que han hecho imposible su substanciación en el fondo, fallos que por cierto han sido confirmados por la Corte Suprema. La razón de lo anterior es justificable si pensamos que aun estamos en la marcha blanca de este novedoso tribunal contencioso administrativo que no tiene parangón en Chile⁷⁴.

⁷⁴ *Caso Piscicultura Río Calcurrupe*. Sentencia de fecha 18 de julio de 2014, caratulada Marilia Rosicler Castillo Pitripan y otros en contra del Director Ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental, Rol R-6-2013. Expediente disponible en sitio web del Segundo Tribunal Ambiental de Santiago: <http://www.tribunalambiental.cl/sentencias-e-informes/sentencias/>. La Corte Suprema confirmó el fallo del Segundo Tribunal Ambiental, dictando sentencia con fecha 22 de abril de 2015. Rol N° 23000-2014, y cuyo texto se encuentra disponible en el sitio web oficial de la Corte Suprema, Enlace: <http://basejurisprudencial.poderjudicial.cl/>.

Caso Parque Eólico Negrete. Con fecha 14 de mayo de 2015, bajo el Rol R-05-2014, el Tercer Tribunal rechazó la reclamación deducida por la comunidad indígena Coyan Mapu en contra de la COEVA del Bío Bío, y que solicitaba la invalidación de la RCA del proyecto Parque Eólico Negrete, ya que había ingresado a evaluación bajo una DIA, siendo que por sus efectos y afectación directa debía ingresar mediante Estudio, lo que además conllevaba la realización de una Consulta Indígena. En este caso, si bien la causal invocada para reclamar fue otra (Artículo 17 N° 6 de la Ley 20.600), se producía falta de legitimación activa porque la comunidad no había efectuado observaciones en la etapa de participación ciudadana. Texto completo disponible en sitio web oficial del Tercer Tribunal Ambiental: <https://causas.3ta.cl/causes/85> Respecto de esta Sentencia se dedujo casación, pero no hubo pronunciamiento dado que se declaró desierta.

Caso Piscicultura Rupanco. Este es otro caso en donde el Tercer Tribunal Ambiental no tiene la oportunidad de pronunciarse sobre el fondo de la reclamación, y por ende abordar el tema de la Consulta, por adolecer la reclamación de defectos de forma, en el particular, por extemporánea, razonamiento por cierto compartido por la Corte Suprema. En este caso se genera un interesante debate acerca de la solicitud de invalidación administrativa y el plazo para deducirla, pero que conforme nuestro estudio no es atingente procedamos a abordar. Tanto el fallo del

No obstante, existe dos reclamaciones que han sorteado los defectos formales, y podríamos decir que son los primeros pronunciamientos específicos en relación a la Consulta. La primera se refiere al proyecto conocido como Sondajes de Prospección Paguanta⁷⁵ y cuya reclamación fue substanciada ante

Tercer Tribunal Ambiental de fecha 21 de julio de 2015, Rol R-10-2015, como el Fallo de la Corte Suprema de fecha 12 de mayo de 2016, Rol. 11512-2015, se encuentran disponibles en el sitio web oficial del Tercer Tribunal Ambiental, Enlace: <http://www.tercertribunalambiental.cl/fallos/>.

Algo similar ocurre en el caso de la aprobación ambiental de la *Central Hidroeléctrica Doña Alicia*, calificada favorablemente mediante Resolución Exenta N° 322 de 28 de marzo de 2016 del Director Ejecutivo del SEA, luego que el Comité de Ministros resolviera a su favor la reclamación del titular del proyecto, que en principio había sido calificado desfavorablemente por la COEVA de la Araucanía. En contra de la Resolución Exenta N° 322, no sólo se dedujeron reclamaciones administrativas ante el Tercer Tribunal Ambiental de Valdivia, sino que un recurso de protección ante la Corte de Apelaciones de Santiago, tribunal que se declaró incompetente remitiendo los antecedentes a la Corte de Apelaciones de Temuco, la que a su vez también se declaró incompetente por ser la materia de competencia del Tribunal Ambiental de Valdivia, quien acumuló este recurso con las reclamaciones y prosiguió con su conocimiento. No obstante, y a petición del SEA, con fecha 9 de diciembre de 2016 la Corte Suprema resolvió la cuestión de competencia, ordenando al Tribunal Ambiental que los antecedentes del Recurso de Protección sean remitidos a la Corte de Apelaciones de Santiago, siendo la última actuación al respecto a la fecha de cierre del presente estudio, de manera que es un caso en desarrollo. Su tramitación bajo el rol R-37-2016 y los documentos citados se encuentran disponibles en el sitio web oficial del Tercer Tribunal Ambiental, Enlace: <http://www.tercertribunalambiental.cl/Consulta-de-causas/>.

⁷⁵ **Caso Sondajes Prospección Paguanta**, se produjo en el marco de la reclamación deducida en contra del acuerdo del Comité de Ministros que había calificado favorablemente el EIA del proyecto Sondajes de Prospección Paguanta, revocando entonces la resolución de la COEVA de Tarapacá que había sido desfavorable. En este caso, los Pueblos Indígenas Unidos de la Cuenca de Tarapacá, Quebrada de Aroma, Coscaya y Miñi-Miñi deducen reclamación en contra del Director Ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental, que había dictado la Resolución Exenta N° 87, de 06 de octubre 2014, a fin de ejecutar el mencionado acuerdo. Sus argumentos se basaron en la ausencia de Consulta conforme los estándares del convenio respecto de los recurrentes al no haber sido considerados estos como sujetos de afectación directa del proyecto. Al respecto, el Tribunal, a la luz del proceso de evaluación ambiental, que aun cuando había calificado desfavorablemente al proyecto, determina que las observaciones ciudadanas que la recurrente había hecho en el marco de la Consulta, sí habían sido consideradas técnicamente por la autoridad, concluyendo, en base a este procedimiento, que la afectación directa era exclusiva a otra comunidad con la cual hubo protocolo de acuerdo, dejando excluida a ésta. (considerandos 41º, 44º y 45º).

el Segundo Tribunal Ambiental de Santiago bajo el Rol R-54-2014. En este, el Tribunal no cuestiona el procedimiento ni hace alusión a los estándares del Convenio 169, sino que se centra en la información que se obtuvo en razón de éste, lo que la hace concluir que respecto de la reclamante no se debía haber realizado una Consulta, y por ende la reclamación no era procedente, fallo confirmado por la Corte Suprema.

Caso contrario ocurre en el marco del proyecto Central de Pasada Mediterráneo, en donde con fecha 17 de noviembre de 2016 el Tercer Tribunal, bajo el Rol R-30-2016⁷⁶, concluyó que tanto la COEVA de Los Lagos como el Comité de Ministros estuvieron imposibilitados de resolver sobre la participación indígena debido a la incertidumbre de las conclusiones del informe antropológico proporcionado por el titular del proyecto. Así, a juicio del Tribunal, no constituye ilegalidad que la autoridad ambiental motive su decisión en los argumentos de alguno de los intervinientes en el procedimiento administrativo y

Fallo del Segundo Tribunal Ambiental de fecha 1 de diciembre de 2015, bajo el Rol R-54-2015, disponible en sitio web oficial del Tribunal: <http://www.tribunalambiental.cl/wp-content/uploads/2014/07/R-54-2014-01-12-2015-Sentencia.pdf>.

El Fallo de la Corte Suprema que resolvió el recurso de casación en el fondo y en la forma presentado en contra de la Sentencia del Tribunal Ambiental, se emitió con fecha 19 de mayo de 2015 bajo el Rol 817-2016, y su texto se encuentra disponible en el sitio web oficial de la Corte Suprema, Enlace: <http://basejurisprudencial.poderjudicial.cl/>

⁷⁶ Texto del fallo y expediente completo disponible en sitio web oficial del Tercer Tribunal Ambiental, enlace: http://Consultas.tercertribunalambiental.cl/portal3ta/Web/Portal/LEX_POR_ExpedienteCausa.aspx?q=qwwwvEXYDPdGeq/+h7eqnh3PbETII76ZfHVkOc5aMiH/5qwaMeaEiw73i5J6ebK3ydgR+UZJrRGiMQtb+W3c/Acbp1nqqNJ5prdDj5vSJWkL++rdgouRAEMkb/GOET2+k.

haga referencia *ad relationem* a los escritos o instrumentos presentados por ellos, pero, que esto no la libera de entregar las razones fundadas en hechos de por qué desechó los argumentos de los demás intervinientes, y que de haber sido acogidos, o debidamente fundamentados, podrían haber conllevado la realización de un PCI. De esta manera, se revoca la RCA del proyecto y el acuerdo del Comité de Ministros que había rechazado la primera reclamación, que buscaba revocar la RCA aprobada⁷⁷. Lo destacable de este fallo, es que por primera vez se sanciona la ponderación que hace la autoridad ambiental en relación a los antecedentes que ha tenido a la vista para decidir si procede o no un PCI, vicio que afectó de manera esencial los actos administrativos reclamados.

Conforme lo señalado, podríamos concluir que los Tribunales Ambientales no han tenido la oportunidad de pronunciarse aun del procedimiento de Consulta propiamente tal, no obstante han confiado en la información que se ha obtenido en razón o en el marco de éste, manifestándose respecto de la forma en que la autoridad pondera dicha información.

⁷⁷ Al cierre del presente estudio, se habían declarado admisibles los recursos de casación en el fondo y en la forma, estando pendiente los alegatos ante la Corte Suprema.

C. ROL DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA.

A nuestro juicio, la Contraloría General de la República, en adelante CGR, en muchos casos, frente a la oscuridad reglamentaria trata de ser una luz interpretadora, función que en estas materias no vimos desde un principio. Así las cosas, y estando vigente el DS 124, fue consultada acerca de la procedencia de la Consulta, basando sus respuestas precisamente en dicho reglamento, aplicándolo al pie de letra^{78 79}. Tanta importancia le dio la CGR al DS N° 124, que incluso cursó con alcance el decreto N° 35, de 2012, del

⁷⁸ Ver Dictamen 17203 de 18 de marzo de 2013. Texto disponible en sitio web oficial de la CGR: <https://www.contraloria.cl/portalweb/web/cgr/portada#inicio>

⁷⁹ Particularmente, y respecto de la procedencia de la Consulta en la tramitación de Planes Reguladores Comunales, a través del dictamen 53.841-2012 se sentó un importante precedente, ya que dispuso que los planes reguladores comunales pueden constituir medidas administrativas a cuyo respecto, y a la luz de lo dispuesto en los artículos 14 y 16 del DS N° 124, procedería analizar la pertinencia de un proceso de Consulta, en los términos definidos en el artículo 2° de ese ordenamiento, esto es, un “procedimiento a través del cual los pueblos indígenas interesados, a través de los sistemas que este reglamento diseña, pueden expresar su opinión acerca de la forma, el momento y la razón de determinadas medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente y que tengan su origen en alguno de los órganos de la administración del Estado señalados en el artículo 4° de este reglamento, mediante un procedimiento adecuado y a través de sus organizaciones representativas. Dictamen disponible en sitio web Oficial CGR: CONTRALORIA GENERAL DE LA REPÚBLICA. Dictamen N° 53.841 de 30 de agosto de 2012. Texto disponible en sitio web oficial de la CGR: <https://www.contraloria.cl/portalweb/web/cgr/portada#inicio>

Mismo raciocinio lo mantuvo en su dictamen 73.662-2012, cuando procedió a no dar curso a una resolución de la Dirección de Obras Hidráulicas, que aprobaba las bases administrativas para la ejecución de la consultoría “Plan Maestro de Evacuación y Drenaje de Aguas Lluvias de Hanga Roa, Isla de Pascua, Región de Valparaíso”, por no señalar ésta, a la luz de las disposiciones del DS N° 124, el análisis de la pertinencia del deber de realizar un proceso de Consulta. Texto disponible en sitio web oficial de la CGR: <https://www.contraloria.cl/portalweb/web/cgr/portada#inicio>

Ministerio de Desarrollo Social, que “establece Área de Desarrollo Indígena a espacio territorial que indica”, advirtiendo que en lo sucesivo dicha Cartera debe dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 20 del DS N° 124, de 2009, en el sentido de dejar expresa constancia en el mismo acto administrativo de que se trate, del hecho de haberse realizado el respectivo proceso de participación.⁸⁰

Particularmente, y en relación a los proyectos que ingresan al sistema de evaluación de impacto ambiental, se pronunció en su dictamen N°17.203-2012⁸¹, estableciendo que la Consulta debe realizar al tenor de lo dispuesto en el DS N° 124, y siempre de manera previa a la dictación de la resolución de calificación ambiental, pero sin precisar el concepto de previo. Lo importante de ese dictamen, reiterado en el dictamen 53.625-2014, es que concluye que no le corresponde pronunciarse respecto de procesos de evaluación de impacto ambiental en trámite.

⁸⁰ CONTRALORIA GENERAL DE LA REPÚBLICA. Dictamen N° 23.719 de 18 de abril de 2013. Texto disponible en sitio web oficial de la CGR: <https://www.contraloria.cl/portalweb/web/cgr/portada#inicio>.

⁸¹ Este dictamen fue emitido en razón de una petición presentado por los señores Armando Marcial, Jorge Weke y Mauricio Durán y la señora Rosa Punulaf, solicitando que se revisara la legalidad de las actuaciones realizadas por el Servicio de Evaluación Ambiental (SEA), la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena (CONADI), el Instituto de Desarrollo Agropecuario (INDAP) y el Servicio de Cooperación Técnica (SERCOTEC), respecto a la evaluación de impacto ambiental de los proyectos de la “Central Hidroeléctrica Neltume” y la “Línea de alta Tensión S/E Neltume Pullinque”, ambos de la comuna de Panguipulli, que a ese entonces aun no contaban con una resolución de calificación Ambiental. El texto completo del dictamen puede ser obtenido en el sitio web oficial de la CGR: <https://www.contraloria.cl/portalweb/web/cgr/portada#inicio>

Si bien este último dictamen fue emitido estando vigente en conjunto con el DS 124, el nuevo Reglamento del SEIA, no hizo alusión expresa a este último, pero en cierto modo avaló el actuar del Servicio de Evaluación de Impacto Ambiental de los Ríos, al disponer que “(...) no se advierte que la modalidad de desarrollo de la Consulta de que se trata haya infringido el Convenio 169 de la OIT, toda vez que, por una parte, y tal como lo afirma el organismo recurrido, aquel no contiene procedimientos determinados para dicho efecto y, por otra, de la documentación acompañada no se aprecia que se haya impedido u obstaculizado una participación efectiva y útil de las comunidades afectadas con los pertinentes proyectos, ni que la Administración haya obrado de mala fe al implementar esa instancia de participación”⁸².

No obstante, este rol un poco pasivo cambia el 12 de noviembre de 2014, cuando mediante Dictamen 88.248⁸³, señala que le corresponde al Servicio de Evaluación Ambiental de Tarapacá adoptar las medidas necesarias para que la comunidad Indígena Aymara de Cancosa sea incluida en el procedimiento de Consulta Indígena que se lleva a cabo en el marco de la evaluación ambiental del proyecto denominado Continuidad Operacional Cerro Colorado, ya que a su

⁸² CONTRALORIA GENERAL DE LA REPÚBLICA. Dictamen N° 53625 de 14 de julio de 2014. Texto disponible en sitio web oficial de la CGR <https://www.contraloria.cl/portalweb/web/cgr/portada#inicio>

⁸³ CONTRALORIA GENERAL DE LA REPÚBLICA. Dictamen N° 88248 de 13 de noviembre de 2014. Texto disponible en sitio web oficial de la CGR <https://www.contraloria.cl/portalweb/web/cgr/portada#inicio>

juicio, y de los documentos que ha revisado, “han aparecido nuevos antecedentes que dan cuenta de que existe la posibilidad de que aquél (el proyecto) afecte directamente a la comunidad indígena solicitante, lo que justifica que dicha agrupación sea incluida en el respectivo proceso de Consulta, de modo que corresponde que el Servicio de Evaluación Ambiental adopte todas las medidas necesarias para que esa organización comunitaria tenga la oportunidad de participar en el procedimiento, formulando los comentarios y observaciones que estime pertinentes”. Al respecto, La Dirección Ejecutiva del SEA no se conformó, y solicitó reconsiderar su pronunciamiento anterior, dado que, conforme la normativa que regula la Consulta Indígena en Chile, el hecho que una comunidad esté emplaza en el área de influencia de un proyecto, no conlleva la susceptibilidad de afectación directa que hace procedente la Consulta. Frente a lo anterior, el organismo contralor reitera que a su juicio hay antecedentes que demostrarían un impacto significativo, de manera que mediante Dictamen 32.996 de 24 de abril de 2015⁸⁴, procede a complementar su dictamen anterior, en el sentido que mandata el SEA para definir a la brevedad si la Comunidad Aymara debe ser incluida en la Consulta, otorgándole un plazo de 30 días para informarle lo resuelto. Finalmente, en su dictamen 84.732 de 26 de octubre de 2015⁸⁵, la Contraloría acusa recibo del

⁸⁴ Texto disponible en Enlace: <https://www.contraloria.cl/portalweb/web/cgr/portada#inicio>.

⁸⁵ Texto disponible en Enlace: <https://www.contraloria.cl/portalweb/web/cgr/portada#inicio>

informe enviado por el SEA en el plazo otorgado, el cual concluye que el proyecto no genera un impacto significativo en los sistemas de vida y costumbres de la comunidad recurrente, de manera que no corresponde incluirlos en el proceso de Consulta Indígena.

Lo interesante, es que la Contraloría, teniendo en sus manos el documento técnico requerido, no parece dar fe de éste, y se limita sólo a tomar conocimiento, eso sí, haciendo mención expresa a la reiteración que realiza el SEA al organismo contralor en cuanto “no le corresponde ponderar las consideraciones técnicas en cuya virtud la autoridad ambiental determina si un proyecto o actividad que ha sido ingresado al sistema de evaluación de impacto ambiental, es susceptible de afectar directamente a una comunidad indígena y, por ende, si debe incorporarlo al respectivo proceso de Consulta, pues ello compete a la administración activa”, llamado que por cierto nosotros compartimos absolutamente, ya que una acción es velar por el cumplimiento de la ley y de los requisitos que se han impuesto dentro de un procedimiento administrativo, y otra muy distinta, es intentar imponer a la autoridad ambiental, una convicción a la cual se ha arribado producto del análisis técnico de antecedentes que se han tenido a la vista. En otras palabras, y para finalizar esta idea, no puede la Contraloría suplir a la autoridad ambiental en su labor técnica, o contradecirla, ya que si ésta yerra, el acto administrativo en el que se

materialice ese error, será objeto de recursos administrativos, incluso constitucionales, mediante los cuales se buscará restablecer el equilibrio.

D. COMISIÓN ASESORA PRESIDENCIAL PARA LA EVALUACIÓN DEL SEIA.

Un aspecto que no hemos abordado, es la dimensión política del bloque reglamentario de la Consulta en el marco del SEIA. Tanto el DS 40 como el 66, fueron dictados casi al término del gobierno del Presidente Sebastián Piñera, incluso, el último, a días de que asumirá Michelle Bachelet, siendo lo anterior fuente de duras críticas. Así, el programa de gobierno de Bachelet planteó la necesidad de evaluar el funcionamiento del SEIA, lo que se materializó en la creación de una comisión asesora presidencial, liderada por el Ministerio de Medio Ambiente, cuya misión fue “evaluar el SEIA vigente, generando propuestas de modificación ajustadas al nuevo escenario sociocultural y económico, con la finalidad de lograr el desarrollo de procesos más expeditos, con altos estándares de calidad y en un marco de certeza jurídica para los titulares, la comunidad y los distintos servicios públicos que participan en la evaluación”⁸⁶. En informe final entregado con fecha 25 de julio de 2016, es fruto

⁸⁶ COMISIÓN ASESORA PRESIDENCIAL PARA LA EVALUACIÓN DEL SEIA (2016), “Informe final”. Op. Cit. p.8.

del trabajo comenzado el 10 de abril de 2015 por una comisión compuesta por 29 integrantes de la sociedad civil, incluidas autoridades ambientales, docentes y expertos.

A objeto de nuestro estudio, resulta vital lo planteado en este informe cuando señala las razones de proceder a esta evaluación: “(...) con la entrada en vigencia del primer Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, contenido en el D.S. N° 30 de 1997, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, entró oficialmente en operación el procedimiento reglado que establece los plazos, etapas y condiciones de la evaluación ambiental de proyectos de inversión públicos y privados, que luego sería modificado en 2001 por el D.S. N° 95 de la misma cartera y, finalmente, derogado en 2012 mediante el D.S. N° 40 del Ministerio del Medio Ambiente, que aprueba el nuevo Reglamento del SEIA.

Desde entonces, a nivel nacional, han ingresado a tramitación ambiental aproximadamente 21.500 proyectos, con una inversión proyectada que supera los US\$ 441 mil millones. Del total de proyectos ingresados, más de 14.500, correspondiente a un 68%, obtuvieron una resolución de calificación ambiental favorable, sumando en conjunto una inversión en el país de aproximadamente US\$ 269 mil millones.

En la actualidad, y tras casi 20 años de funcionamiento, el SEIA debe responder a un escenario distinto, definido por una nueva institucionalidad ambiental, mayores niveles de participación ciudadana, un aumento de la sensibilidad ambiental, cambios socioculturales y económicos del país, nuevas tecnologías y una mayor experiencia nacional e internacional en materia de evaluación ambiental de proyectos.

En particular, respecto a la nueva institucionalidad ambiental, en el año 2010 entró en vigencia la Ley N° 20.417, que introdujo cambios a la Ley N° 19.300 y creó el Ministerio del Medio Ambiente, el Servicio de Evaluación Ambiental (SEA) y la Superintendencia de Medio Ambiente (SMA).

Este cambio legislativo demanda analizar la estructura, procedimientos y herramientas vinculadas al SEIA, y evaluar los ajustes necesarios para que respondan, de manera adecuada y eficiente, a las exigencias actuales.⁸⁷

En lo que respecta a la Consulta Indígena, el informe hace un crudo diagnóstico en cuanto señala que esta instancia se ha sobrevalorado con el fin de resolver conflictos que no son propios de la evaluación ambiental y que

⁸⁷ *Ibidem.* p.5.

escapan a su competencia. Luego, en lo que guarda relación con el procedimiento, reconoce problemas en relación a la determinación de la afectación directa, al hecho que la regulación ambiental no permite que las comunidades que participan del PCI recurran en contra de la RCA, salvo por los recursos supletorios de la Ley 19.880⁸⁸, a que la evaluación ambiental se suspende y se extienden sus plazos en extremo para integrar el PCI, como a la falta de capacidad institucional del SEA para cumplir con su cometido, tanto a nivel de personal como de recursos económicos⁸⁹.

Todo lo anterior hace concluir a la Comisión, que el SEIA en relación a la Consulta, requiere dos modificaciones consistentes en⁹⁰:

- Crear un modelo de relacionamiento temprano, distinto de la PAC y del PCI, voluntario y que se tramite fuera del SEIA. La idea, es que, antes de ingresar un proyecto, se planteen las temáticas y se resuelvan los conflictos, y conforme a ello se formule el proyecto;
- Modificar el PCI, de manera que proceda por más causales, incluyendo las DIA, que se mejore el procedimiento para determinar si hay afectación

⁸⁸Que establece bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos del Estado.

⁸⁹ COMISIÓN ASESORA PRESIDENCIAL PARA LA EVALUACIÓN DEL SEIA (2016), "Informe final". Op. Cit. p.121-122.

⁹⁰ Ibídem. Ver.p.411 y 412.

directa, que se faculte a las comunidades para reclamar la RCA y que se fortalezca al SEA para que preste asistencia técnica a las comunidades.

El comisionado Salvador Millaleo⁹¹, efectuó una propuesta adicional para Consultas de proyectos de inversión, que fue incluida como un apéndice al informe, ya que no era compartida por los demás miembros. En ésta, se recoge el concepto de relacionamiento temprano que queda totalmente fuera de la autoridad ambiental ya que se constituirá una agencia especializada de Consulta (AEC). Si bien es voluntario, realizándose, sus acuerdos serán requisitos para el ingreso al SEIA, no obstante éste puede decretar un PCI adicional si lo estima necesario. Asimismo, si no hubo relacionamiento temprano, el PCI será ejecutado totalmente durante la evaluación ambiental, aunque en procedimientos paralelos, ya que el PCI siempre será realizado por la AEC⁹², no pudiendo dictar una RCA si el PCI está pendiente.

⁹¹ *Ibíd.* Ver p. 372 a 390.

⁹² Conforme la propuesta de Millaleo, la AEC debe ser una entidad estatal descentralizada supervisado por el Presidente de la República a través del Ministerio de Asuntos Indígenas, cuya creación es parte de la reforma indígena que ha impulsado el Gobierno de S.E. Michelle Bachelet en 2016.

CAPÍTULO IV

CONCLUSIONES

1. Chile tiene una deuda histórica respecto del reconocimiento de los derechos indígenas, deuda que se trató de saldar en parte con la suscripción del Convenio 169. Si bien este atajo en materia de política pública ha conllevado diversos problemas y ha tenido un sinnúmero de opositores, no podemos desconocer que puso sobre el tapete una discusión que era necesaria, y que radica en dar mayor participación a las comunidades indígenas, considerar sus opiniones y respetar sus tradiciones. Un Estado que se dice pluralista, debe generar las condiciones para que el otro viva su diferencia y que la dé a conocer.

2. Los proyectos de inversión con impactos ambientales no pueden ser considerados negativos en sí mismos, ya que desconocer su aporte al desarrollo del país sería un grave error. Es más, los impactos ambientales no pueden ser considerados como negativos en sí mismos, toda vez que lo importante es el reconocimiento y ponderación de estos a fin de mitigarlos de la mejor manera posible.

3. En lo anterior, la autoridad ambiental tiene un rol importantísimo, dado que debe ser la que genere el diálogo entre quien desea intervenir en una determinada zona del país, con quien considere que dicha intervención afecta directamente su modo de vida, entendido éste en su sentido más amplio.

4. Así, la Consulta Indígena del Convenio 169 debe ser comprendida como una oportunidad de dialogar de cara al bien común. Esta oportunidad de diálogo, si bien debe tener como fin primero el lograr un acuerdo u obtener el consentimiento, no puede ni debe ser realizada con ese único objetivo, de manera que si éste no ocurre, no se empañe todo el proceso detrás del cual hay mucho más. Su fin debe ser el conocimiento mutuo y la resolución de conflictos, y no ser un derecho a veto. Debe entregar a las partes la certeza de que sus posiciones fueron consideradas y debidamente ponderadas.

5. Los conflictos y consiguiente judicialización, que se suscitaron en el marco de la evaluación ambiental de proyectos, en base a que no ha habido Consulta, o de existir ésta, no se había realizado conforme los estándares del Convenio, tiene diversas causas y diversos responsables.

En un primer término, se debe comprender que la Consulta es un procedimiento complejo en sí mismo, que el Convenio no reglamenta y, que en un país como Chile, sin mayor respeto por las tradiciones indígenas, iba a ser desvirtuada,

tanto por los beneficiarios que verían en ella un mecanismo de reivindicación de derechos, como por los obligados a ejecutarla. En este sentido, el Ejecutivo, primer obligado a la Consulta, acorde lo dispone el Convenio, tuvo una actitud elusiva, la que en parte se justifica por la interpretación que el TC dio al artículo relativo a la Consulta, en cuando era autoejecutable, lo que provocó que éste se restase de implementar medidas adecuadas para la operatividad de este derecho.

En segundo término, lo anterior se vio agravado en el contexto de evaluación ambiental por la entrada en vigencia de la reforma legal que creaba una nueva institucionalidad ambiental en el año 2010. Dicha reforma, no sólo creaba nuevos organismos como el Servicio de Evaluación Ambiental, sino que los dejó en un principio sin un marco reglamentario claro y actualizado conforme los requerimientos, lo que conllevó a la actitud simplista de solucionar los problemas con lo que estaba disponible, provocando que la Consulta se equiparara simplemente a la participación ciudadana, o se considerara que no era más que el deber de informar que consagraba la ley indígena. Para complejizar aun más el escenario, dicha reforma impuso un alto estándar al Estado al contemplar en el artículo 4 de la LBGMA la obligación, en el ejercicio de sus competencias ambientales y en la aplicación de los instrumentos de

gestión ambiental⁹³, de propender por la adecuada conservación, desarrollo y fortalecimiento de lo que podríamos llamar la cosmovisión de los indígenas chilenos, no sólo en conformidad a la ley, sino que también a los tratados internacionales ratificados, esto es, al Convenio 169. La Consulta pasaba a ser una obligación de tanta envergadura, que el Estado no pudo prever y por tanto se vio sobrepasado.

En tercer lugar⁹⁴, en Chile, la regla general es la amplitud del acceso a la jurisdicción y se constituye como una garantía para los ciudadanos la posibilidad de impugnar un acto administrativo. Si a ello se suma la existencia de un procedimiento complejo e integrado, del cual emanan resoluciones que no se ajustan a reglas de procedimiento y validez, la judicialización encuentra terreno fértil para proliferar.

En cuarto lugar, la naturaleza de la evaluación ambiental en extremo compleja y aglutinadora de pronunciamientos de diversos organismos, todo lo cual

⁹³ Ver CORDERO VEGA, LUIS. Op. Cit. p.82

⁹⁴ CORDERO VEGA, Luis: Jurisprudencial Ambiental casos destacados. Legal Publishing Chile, Santiago, 2013. p.LIV.

Cabe señalar que el profesor Luis Cordero, en el libro citado, procede a señalar tres causas que explicarían la judicialización en el SEIA en general, y no solo relacionadas con la Consulta. Al respecto, seguiremos al profesor en las tres causas descritas, a saber: a) La regla general es la amplitud del acceso a la jurisdicción; b)El SEIA es un procedimiento integrado que permite deliberación pública y privada; y c) En materia ambiental están en juego “intereses colectivos” lo que incide en la legitimación.

aumenta el riesgo de error. Recordemos que el Servicio de Evaluación de Impacto Ambiental (SEA), antes Comisión Nacional de Medio Ambiente (CONAMA), es un ente coordinador del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA) que a su vez es un procedimiento técnico administrativo, caracterizado por ser una especie de ventanilla única para la obtención de autorizaciones de índole ambiental. Ello significa que cada uno de los órganos de la administración del Estado que tiene competencia en la protección del medio ambiente, o en alguno de sus componentes, participa en la evaluación y emite fundadamente su opinión en dicho procedimiento. De este modo, el proponente o titular, en una sola instancia administrativa, obtiene la calificación ambiental de su proyecto, no existiendo otras oportunidades administrativas para resolver sobre materias ambientales aplicables a su proyecto o actividad. Conforme ello, la posibilidad que la Consulta Indígena se ejecutara de manera exitosa en un procedimiento tan complejo, sin directriz alguna, eran mínimas, y por ello la necesidad de incorporarla debidamente, a fin que ésta única instancia de evaluación y su respectiva resolución estuviera validada, y no conllevara un vicio de impugnación.⁹⁵

⁹⁵ COMISIÓN ASESORA PRESIDENCIAL PARA LA EVALUACIÓN DEL SEIA (2016), "Informe final". Op. Cit. p.58.

En quinto lugar, y relacionado con la amplitud del acceso a la jurisdicción, la legitimación de quienes pueden ejercer esas acciones, más un recurso de Protección que alude a la vulneración de garantías constitucionales, es amplísima, y en consecuencia sus razones también lo son. Es decir, el espectro de recurrente es muy amplio y diverso.

En conclusión, la judicialización se produjo por ser “el SEIA un procedimiento administrativo que internaliza el déficit de la política pública general”⁹⁶, y en ese marco, no fue capaz de cumplir con la obligación de Consulta, y más aun si ésta no estaba reglada ni asumida por el Estado.

En otras palabras, habiendo por tanto defectos de forma y diseño en el procedimiento de evaluación ambiental, sumado a lo complejo de éste en sí mismo, como instancia de aunar criterios entre distintas autoridades, se gestó el escenario perfecto para que se sintieran ciertas garantías fundamentales vulneradas, haciendo que los afectados utilizaran la herramienta proteccional de la Constitución como único medio recursivo eficaz. Es decir, la precariedad y complejidad del procedimiento administrativo ambiental generó el conflicto porque de él emanaban resoluciones de calificación ambiental precarias y complejas, y no los proyectos o el Convenio, como algunos han sostenido.

⁹⁶ *Ibíd*em p. LXI.

6. De esta forma la Corte Suprema adquirió un rol preponderante, al revisar las apelaciones a los fallos de protección de primera instancia, y tratar de sentar una jurisprudencia mediante sus pronunciamiento respecto de las resoluciones de calificación ambiental, que como hemos estudiado, se hizo “no sobre la base de cuestiones ambientales, sino por debates estrictamente de procedimiento administrativo”.⁹⁷ Es así como el recurso de protección se transformó en un contencioso administrativo⁹⁸ y en un instrumento para compeler al Estado al cumplimiento de su obligación, no obstante éste demoró en interpretar adecuadamente el llamado de la Corte, y acogerse a él.

7. Lo que hemos denominado en este estudio como solución pública, se refiere a qué hizo el Ejecutivo para solucionar el anterior conflicto. Se trató de enmendar la pasividad reglamentaria previa mediante la generación de instrumentos que definieran cómo debía proceder la Consulta, pero sin entrar aun al fondo del procedimiento administrativo ambiental, ya que ello sólo se asumió como un objetivo a través de la constitución de la comisión asesora presidencial para la reforma del SEIA, la cual en el año 2016 emite su informe final que concluye que el procedimiento debe ser modificado, a fin que éste se

⁹⁷ CORDERO VEGA, LUIS. Op.Cit. p.82

⁹⁸ *Ibidem.* p. 80

actualice en la línea de la nueva institucionalidad ambiental y los desafíos del presente. Los instrumentos que componen la solución los hemos denominado el bloque reglamentario de la Consulta en el SEIA, dado que ninguno soluciona el conflicto en sí mismo, sino que todos reunidos suplen las falencias del otro, o precisan su indeterminación, con lo cual no queremos decir que no tengamos vacíos regulatorios.

8. Así, y dado que los reglamentos han sido insuficientes, y en relación a la posición actual del Ejecutivo en orden a modificar el SEIA, compartimos que resulta urgente la implementación de un modelo de relacionamiento temprano entre las comunidades y los titulares de los proyectos, y que éste se desarrolle fuera del SEIA, a fin que no se contamine la evaluación ambiental *per se* compleja, o bien, se reduzcan al mínimo los conflictos derivados de la falta de diálogo y entrega de información, con el consiguiente impacto negativo. No obstante, debemos hacer la prevención de que es de la esencia del SEIA el que un proyecto se modifique a lo largo de la evaluación, de manera que la etapa previa podría quedar obsoleta, si las modificaciones del proyecto son de envergadura.

Asimismo, nos oponemos a que el Estado continúe considerando que la afectación directa a una comunidad indígena sólo puede ser medida desde el punto de vista del impacto ambiental como lo define el artículo 11º de la

LBGMA, porque finalmente convierte a éste en un criterio de exclusión de Consulta.⁹⁹

9. De esta forma, la solución que proponemos pasa más por un fortalecimiento que disminuya los riesgos de errores u omisiones de la evaluación, y que otorgue certeza a las partes. Resulta evidente que el SEIA debe estar compuesto por más personal técnico, gozar de mayores recursos, porque sólo así puede abordar la magnitud de los proyectos que se ingresan a evaluación. Asimismo, es urgente sentar un criterio de acción en conjunto con todos aquellos organismos que poseen competencias en materia ambiental, a fin que no existan contradicciones en los pronunciamientos.

La generación del instructivo relativo a la Consulta en el SEIA, es una prueba de la voluntad de cambio que experimentamos, dado que éste fue dictado con posterioridad al Informe Final de la Comisión que recomendaba precisamente como una medida de fortalecimiento del Sistema, el que se dictaran instructivos a fin de unificar criterios.

⁹⁹ Ver en este sentido la propuesta que hacen Salvador Millaleo y Luis Jiménez en el Informe Final de la Comisión Asesora Presidencial para la evaluación del SEIA. Op. Cit. p.381.

10. Sin perjuicio de lo concluido hasta el momento, y dando por sentado cómo debe ser el lugar en donde se enmarque la Consulta para que logre su objetivo, surge la necesidad de pronunciarnos acerca de si es la potestad reglamentaria el medio idóneo para regularla. Al respecto, nos queremos hacer cargo de la interpelación última que hizo el TC al Parlamento, la que por cierto a la fecha no ha sido considerada, ya que no se registra moción parlamentaria alguna que busque cumplir con la solicitud del TC. Solo existe en trámite un proyecto de ley iniciado vía mensaje de S.E. la Presidenta de la República que crea el Ministerio de Pueblos Indígenas¹⁰⁰, cuyo artículo 4º dispone que la Consulta se regulará mediante reglamentos que sean dictados al efecto. Es decir, nuevamente el arma de la potestad reglamentaria aparece en escena.

Siguiendo con nuestro raciocinio, y considerando la posibilidad que se modifique el procedimiento de evaluación ambiental, conforme la propuesta de la Comisión Presidencial que tuvimos la oportunidad de revisar, y el rol que desempeñan los Tribunales Ambientales como contencioso administrativo, consideramos que no es relevante el medio mediante el cual se regule, sino que lo importante es el asentamiento en lo más profundo del nuestro sistema del concepto de Consulta, su no instrumentalización con fines oscuros y la

¹⁰⁰ Boletín 10687-06 que Crea el Ministerio de Pueblos Indígenas. Ingresado con fecha 17 de mayo de 2016 vía mensaje 059-364. Documentos e información disponibles en sitio web oficial del Senado. Enlace: <http://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php#>

obligatoriedad de la misma. Para ello, resulta básico tener en consideración los estándares internacionales que buscan guiar este proceso para la consecución de su fin, como asimismo, la capacidad que tengamos de antecedernos a los conflictos a fin de evitarlos, estableciendo procedimientos sanos, en donde prime lo técnico, y medios recursivos claros, ya que no debemos temer a las reclamaciones administrativas y la judicialización, en la medida que subyazca en todo momento la certeza jurídica.

11. Así las cosas, y a 7 años de la entrada en vigencia del Convenio 169, podemos concluir que nuestro país se dirige progresivamente a cumplir con el estándar, dependiendo el éxito principalmente del procedimiento administrativo en el cual se enmarque, ya que “lo importante son para los ojos del derecho administrativo el procedimiento para decidir. Si éste está sano, el acto que emana de él también”¹⁰¹, y así, aun cuando a algunos no les guste la decisión final, al menos tengan la absoluta convicción que ésta fue adoptada con consideración a sus aprensiones, inquietudes y formas de vida.

¹⁰¹ CORDERO VEGA, Luis. Op. Cit. P.85

BIBLIOGRAFÍA

1. ABOGABIR, Matías (2014): “Estudio de Caso Chile: Convenio 169 de la OIT y la Consulta a los pueblos indígenas en proyectos de inversión”. Documento elaborado por encargo de la Organización Internacional del Trabajo. [Consulta 1 de diciembre de 2017, <http://www.cpc.cl/wp-content/uploads/2015/11/141016EstudioCasoChileOITCapitulosI-II-III-IV.pdf>].
2. ANAYA, James (2009): Informe sobre la situación de los pueblos indígenas en Chile, Apéndice A: “Principios internacionales aplicables a la Consulta en relación con la reforma constitucional en materia de derechos de los pueblos indígenas en Chile”. [Consulta 1 de diciembre de 2017, http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/12session/A.HRC.12.34.Add.6_sp.pdf].
3. ANINAT, Isabel (2014): “Los desafíos pendientes del Convenio 169” en Puntos de Referencia N° 369. Ediciones online CEP. [Consulta 1 de diciembre de 2017, https://www.cepchile.cl/cep/site/artic/20160304/asocfile/20160304100553/pder369_IAninat.pdf].
4. BERMUDEZ SOTO, Jorge y HERVÉ ESPEJO, Dominique (2013): “La jurisprudencia ambiental reciente: tendencia al reconocimiento y garantismo con los pueblos indígenas”. Anuario de Derecho Público 2013 Universidad Diego Portales, Santiago. pp.237-255.
5. COMISIÓN ASESORA PRESIDENCIAL PARA LA EVALUACIÓN DEL SEIA (2016), “Informe final”. [Consulta 1 de diciembre de 2017, http://portal.mma.gob.cl/wp-content/doc/35877_Informe-MMAF_FINAL.pdf]
6. COMISIÓN DE EXPERTOS EN APLICACIÓN DE CONVENIOS Y RECOMENDACIONES DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (CEACR, 2011): “Informaciones y memorias sobre la aplicación de convenios y recomendaciones”. Conferencia Internacional del Trabajo, 100.^a reunión. [Consulta 1 de diciembre de 2017, http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_205508.pdf]
7. COMISIÓN DE EXPERTOS EN APLICACIÓN DE CONVENIOS Y RECOMENDACIONES DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (CEACR, 2013): “Aplicación de las normas internacionales del trabajo, 2013 (I)”. Conferencia Internacional del Trabajo, 102.^a reunión. [Consulta 1 de diciembre de 2017, http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_205508.pdf]

8. COMISIÓN PERMANENTE DE RECURSOS NATURALES, CÁMARA DE DIPUTADOS DE LA REPÚBLICA DE CHILE (2013). Informe: Marco normativo sobre consulta y participación indígena. [Consulta 1 de diciembre de 2017, http://www.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/16273/1/Marco%20normativo%20sobre%20consulta%20indigena%20en%20Chile_v4.doc]
9. CONTESSE, Jorge (editor, 2012): “El Convenio 169 de la OIT y el derecho chileno: mecanismos y obstáculos para su implementación”. Santiago, Ediciones Universidad Diego Portales.
10. CONVENIO N° 169 DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, SOBRE PUEBLOS INDÍGENAS Y TRIBALES EN PAÍSES INDEPENDIENTES (1989). [Consulta 1 de diciembre de 2017, <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=279441>].
11. CORVALÁN SAN MARTIN, Claudia (2015): “La implementación de la Consulta del convenio 169 de la OIT en Chile: Las implicancias para la gran minería”. Tesis para optar al grado de magister en estudios internacionales del Instituto de Estudios Internacional de la Universidad de Chile.
12. CORDERO VEGA, Luis (2013): “Derecho Administrativo y Convenio 169: La procedimentalización de los conflictos como consecuencia de soluciones incompletas” en Derecho y pueblo mapuche: Aportes para la discusión. (Editores OLEA, Helena y BONILLA, Daniel). Centro de Derechos Humanos, Universidad Diego Portales. Santiago. pp.69-85
13. CORDERO VEGA, Luis (2013): “Jurisprudencia Ambiental Casos Destacados”, Santiago, Legal Publishing.
14. DIRECCION DE ESTUDIOS DE LA CORTE SUPREMA (2014): “Jurisprudencia Tercera Sala de la Corte Suprema: Criterios de la Corte Suprema en materia de Consulta Indígena de la OIT”, Santiago, Chile. [Consulta 1 de diciembre de 2017, <http://decs.pjud.cl/index.php/informes>].
15. DONOSO, Sebastián (2008): “Chile y el convenio 169 de la OIT: reflexiones sobre un desencuentro”, en Temas de la Agenda Pública, Vice rectoría de Comunicaciones y Asuntos Públicos. Año 3, N°16.Santiago, Ediciones Pontificia Universidad Católica de Chile.
16. FERNÁNDEZ, Andrés y DE LA PIEDRA, Cristhian (2011): “Implementación y Evolución de los Derechos Contenidos en el Convenio OIT 169. Aporte de la Jurisprudencia y Pronóstico de Desarrollo Futuro de sus Implicancias Ambientales y Regulatorias”. Estudio N° 121, del Centro de Estudios Público. [Consulta 1 de diciembre de 2017, <https://www.cepchile.cl/implementacion-y-evolucion-de-los-derechos-contenidos-en-el-convenio-oit/cep/2016-03-04/095446.html>].
17. GALVIS, María Clara y RAMIREZ, Ángela María (2013): “Digesto de Jurisprudencia latinoamericana sobre los derechos de los pueblos indígenas a la

- participación, la Consulta previa y la propiedad comunitaria”. Washington, Edición Fundación para el Debido Proceso (Due process of law foundation).
18. INSTITUTO NACIONAL DE DERECHO HUMANOS (2013), Minuta Sobre el Deber de Consulta Previa en la Propuesta de Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental – SEIA, Santiago. [Consulta 1 de diciembre de 2017, <http://bibliotecadigital.indh.cl/handle/123456789/529>].
 19. NASH, Claudio y otros (2014): “Derechos Humanos y pueblos indígenas en Chile. Análisis jurisprudencial para procesos de Consulta en el marco del Convenio 169 e la OIT”. Santiago, Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Chile. [Consulta 1 de diciembre de 2017, <http://repositorio.uchile.cl/handle/2250/142688>].
 20. NUÑEZ P., Manuel Antonio (2014): “La Consulta Indígena en el procedimiento de calificación ambiental: desarrollo reglamentario y configuración judicial” en Anuario Derecho Administrativo, Santiago, Ediciones Universidad Diego Portales.
 21. SEELAU, Ryan y SEELAU, Laura (2012): “¿Bajo cuáles circunstancias es necesaria la Consulta Indígena?”. Centro de Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales. Santiago., Ediciones Universidad Diego Portales.
 22. ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (2009): “Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica: una guía sobre el convenio 169”. Departamento de Normas Internacionales del Trabajo. [Consulta 1 de diciembre de 2017, http://www.ilo.org/global/publications/books/WCMS_126163/lang--es/index.htm]
 23. ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (2010): “Monitoreo de los Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales a través de los Convenios de la OIT. Una recopilación de los comentarios de los órganos de control de la OIT 2009-2010. [Consulta 1 de diciembre de 2017, http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/publication/wcms_150209.pdf]
 24. ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (2013): Comprender el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales,1989 (núm. 169): Manual para los mandantes tripartitos de la OIT. [Consulta 1 de diciembre de 2017, http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_norm/@normes/documents/publication/wcms_205230.pdf]
 25. URRUTIA SILVA, Osvaldo (2013): “*Jurisprudencia nacional, nuevos tribunales ambientales y derecho internacional del medio ambiente*” en Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, XI. pp.475-507.

JURISPRUDENCIA JUDICIAL Y ADMINISTRATIVA

1. CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA (16 de marzo de 2012) N° 53.841.
2. CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA (26 de noviembre de 2012) N° 73.662.
3. CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA (18 de marzo de 2013) N° 17.203.
4. CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA (18 de abril de 2013) N° 23.719.
5. CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA (13 de mayo de 2013) N° 29.403.
6. CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA (17 de julio de 2014) N° 53.625.
7. CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA (8 de noviembre de 2014) N° 88.248
8. CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA (24 de abril de 2015) N° 32.996.
9. CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA (26 de octubre de 2015) N° 84.732.
10. CORTE SUPREMA (17 de mayo de 2010). Rol N°1525-2010 “Puelman Ñanco Mariano y otro contra Comisión Regional del Medio Ambiente Región de la Araucanía”.
11. CORTE SUPREMA (14 de octubre de 2010). Rol N°4078-2010 “Javier Nahuelpan y Otros contra Corema Región de Los Ríos”.
12. CORTE SUPREMA (4 de enero de 2011). Rol N°6062-2010 “Faumelisa Manquepillan contra Corema Región de Los Ríos”.
13. CORTE SUPREMA (11 de abril de 2011). Rol N° 9889-2010 “Fernando Meza Moncada y Otros Con Comisión Regional Del Medio Ambiente Región Del Biobío”.
14. CORTE SUPREMA (17 de junio de 2011). Rol N° 4289-2011 “Comunidad Indígena Felipe Nitrihuala Contra Comisión Regional Del Medio Ambiente, Región de La Araucanía”.
15. CORTE SUPREMA (13 de julio de 2011). Rol N° 258-2011 “Asociación Indígena Consejo De Pueblos Atacameños Contra Comisión Regional Del Medio Ambiente Región Antofagasta”.
16. CORTE SUPREMA (01 de diciembre de 2011). Rol N° 10869-2011 “Gino Raul Grunewald Condori y Otros Contra Rodolfo Barbosa Barrios Intendente De La Región de Arica y Parinacota”.

17. CORTE SUPREMA (22 de marzo de 2012). Rol N° 10090-2011 “Comunidad Indígena Antu Lafquen de Huentetique Contra Comisión Regional del Medio Ambiente Región De Los Lagos”.
18. CORTE SUPREMA (30 de marzo de 2012). Rol N° 11040-2011 “Marcelo Condore Vilca Consejero Territorial Alto Tarapacá y Otros contra Directora Servicio de Evaluación Ambiental Primera Región De Tarapacá”.
19. CORTE SUPREMA (27 de abril de 2012). Rol N° 2211-2012 “Comunidad Agrícola Los Huasco Altinos con Comisión De Evaluación III Región De Atacama”.
20. CORTE SUPREMA (08 de junio de 2012). Rol N° 1602-2012 “Asociación Indígena Tragun Mapu Maile Allipen contra Comisión Evaluadora Ambiental, Región de La Araucanía”.
21. CORTE SUPREMA (6 de diciembre de 2012). Rol N° 18703-2012 “Sergio Campusano Vilches contra Comisión de Evaluación III Región de Atacama”.
22. CORTE SUPREMA (27 de junio de 2013) Rol N° 4013-2013 “Sergio Campusano Vilches contra Comisión de Evaluación III Región de Atacama”.
23. CORTE SUPREMA (16 de enero de 2014) Rol N° 12457-2013 “Comunidad Indígena Manuel Marillanca y Otras Contra Comisión Evaluadora Ambiental, Región de La Araucanía”.
24. CORTE SUPREMA (17 de febrero de 2014) Rol N° 63-2014 “Comunidad Indígena Atacameña de San Francisco de Chiu Chiu Con Comisión Regional De Evaluación Ambiental”.
25. CORTE SUPREMA (3 de abril de 2014) Rol N° 6427-2014 “Comunidad Indígena Mariano Millahual y Otras Contra Comisión Evaluadora Ambiental Región de La Araucanía”.
26. CORTE SUPREMA (22 de abril de 2014) Rol N° 1515-2014 “Jose Marifilo Huilipán con Ministerio de Obras Publicas”.
27. CORTE SUPREMA (22 de mayo de 2014) Rol N° 16817-2013 “Consejo de Pueblos Atacameños y Otros con Comisión Regional De Evaluación Ambiental de Antofagasta”.
28. CORTE SUPREMA (25 de agosto de 2014) Rol N° 17599-2014 “Comunidad Indígena Ñielay Mapu contra Servicio de Evaluación Ambiental Región de Los Lagos”.
29. CORTE SUPREMA (03 de septiembre de 2014) Rol N° 12450-2014 “Comunidad Inalafken y Otros con Servicio Evaluación Ambiental Los Ríos”.
30. CORTE SUPREMA (07 de octubre de 2014) Rol N° 11299-2014 “Comunidad Indígena Diaguita Yastai y Otros Contra Comisión de Evaluación Ambiental de Atacama”.

31. CORTE SUPREMA (11 de marzo de 2015) Rol N° 27923-2014 “Sebastián Collonao Marilao y Otros con Comisión de Evaluación de La Región Metropolitana y Servicio de Evaluación Ambiental”.
32. CORTE SUPREMA (19 de mayo de 2016) Rol N° 817-2016 “Los Pueblos Indígenas Unidos de la Cuenca de Tarapacá con Director Ejecutivo del Servicio de Evaluación de Impacto Ambiental”.
33. CORTE SUPREMA (30 de enero de 2017) Rol N° 65349-2016 “Asociación Indígena Koñintu Lafken-Mapu Penco y Otros Contra Servicio de Evaluación Ambiental Región del Bío Bío y de la Comisión de Evaluación Ambiental Región del Bío Bío”.
34. TRIBUNAL AMBIENTAL, SEGUNDO (18 de julio de 2014), Rol N° R-6-2013, “Marilia Rosicler Castillo Pitripan y otros en contra del Director Ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental”.
35. TRIBUNAL AMBIENTAL, TERCERO (14 de mayo de 2015), Rol N° R-5-2014, “Comunidad Coyan Mapu y Otra con Comisión de Evaluación Ambiental, Región del Biobío”.
36. TRIBUNAL AMBIENTAL, TERCERO (21 de julio de 2015), Rol N° R-10-2015, “Beltrán Buendía, Carlos y otros con Comisión de Evaluación Ambiental Los Lagos y Servicio de Evaluación Ambiental Los Lagos”.
37. TRIBUNAL AMBIENTAL, SEGUNDO (01 de diciembre de 2015), Rol N° R-54-2015, “Los Pueblos Indígenas Unidos de la Cuenca de Tarapacá, Quebrada de Aroma, Coscaya y Miñi-Miñi en contra del Director Ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental”.
38. TRIBUNAL AMBIENTAL, TERCERO (17 de noviembre de 2016), Rol N° R-30-2016, “José Horacio Cayún Quiroz con Comité de Ministros”.
39. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (04 de agosto de 2000) Rol N°309-2000, “Requerimiento presentado por un grupo de Diputados respecto de la inconstitucionalidad del Convenio N° 169, sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, adoptado por la Organización Internacional del Trabajo, el 27 de junio de 1989”.
40. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (10 de marzo de 2008) Rol N°1050-2008, “Control de constitucionalidad del proyecto de acuerdo aprobatorio relativo al Convenio N° 169 sobre pueblos indígenas, adoptado por la Organización Internacional del Trabajo, de 27 de junio de 1989 (Boletín N° 233-10).”
41. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (25 de septiembre de 2013) Rol 2523, “Requerimiento de inconstitucionalidad presentado por un grupo de señores Diputados, que representan más de la cuarta parte de los miembros en ejercicio, respecto del Decreto Supremo N° 40, del Ministerio de Medio Ambiente que aprueba Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, de 12 de agosto de 2013”.

42. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (23 de enero de 2013) Rol 2388, “Requerimiento de un grupo de Diputados, que representan más de la cuarta parte de los miembros en ejercicio de la Cámara de Diputados, para que se declare la inconstitucionalidad del artículo 1º, numeral 20; letra c) número 3 y número 48 del proyecto de Ley General de Pesca y Acuicultura contenida en la ley N° 18.892 y sus modificaciones”, contenida en el boletín N° 8091-21”.

LEYES, NORMATIVAS E INSTRUCTIVOS

1. Ley N° 19.300 sobre Bases General del Medio Ambiente de la República de Chile.
2. Ley N° 20.417 que crea el Ministerio, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente de la República de Chile.
3. Ley N° 19.253 que Establece normas sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas y crea la corporación nacional de desarrollo indígena de la República de Chile.
4. Ley N° 20.600 que Crea los Tribunales Ambientales de la República de Chile.
5. Ley N° 19.880 que Establece Bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de la administración del Estado de Chile.
6. Decreto N° 236 de 2 de octubre de 2008 del Ministerio de Relaciones Exteriores de la República de Chile, que promulga el Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes de la OIT”.
7. Decreto N° 40 de 30 de octubre de 2012 del Ministerio de Medio Ambiente de la República de Chile, que aprueba el nuevo Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.
8. Decreto Supremo N° 66 de 15 de noviembre de 2013, del Ministerio de Desarrollo Social de la República de Chile, que Aprueba Reglamento que regula el Procedimiento de Consulta Indígena en Virtud del Artículo 6 N° 1 Letra A) y N° 2 del Convenio N° 169.
9. Decreto N° 124 de 4 de septiembre de 2009 (derogado) del Ministerio de Planificación reglamenta el artículo 34 de la Ley 19.253 a fin de regular la Consulta y Participación de los Pueblos Indígenas.
10. Instructivo sobre implementación del proceso de Consulta a pueblos indígenas en conformidad con el Convenio N° 169 de la OIT en el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, aprobado por Oficio Ordinario N° 161.116 de 24 de agosto de 2016, dictado por el Director Ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental de Chile.

ABREVIATURAS

AEC	:	Agencia Especializada de Consulta
CEA	:	Comisión Evaluación Ambiental
CGR	:	Contraloría General de la República
COEVA	:	Comisión Regional de Evaluación Ambiental
CONAMA	:	Comisión Nacional de Medio Ambiente
COREMA	:	Comisión Regional de Medio Ambiente
CS	:	Corte Suprema
DIA	:	Declaración de Impacto Ambiental
DS	:	Decreto Supremo
EIA	:	Estudio de Impacto Ambiental
ICSARA	:	Informe Consolidado de Aclaraciones Rectificaciones y Ampliaciones.
LBGMA	:	Ley Bases Generales del Medio Ambiente
MIDEPLAN	:	Ministerio de Planificación
OIT	:	Organización Internacional del Trabajo
ONU	:	Organización de las Naciones Unidas
PAC	:	Participación Ciudadana
PCI	:	Procedimiento de Consulta Indígena
RCA	:	Resolución de Calificación Ambiental
SEA	:	Servicio de Evaluación Ambiental
SEIA	:	Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental
SMA	:	Superintendencias de Medio Ambiente
TA	:	Tribunal Ambiental
TC	:	Tribunal Constitucional